

Bankens lojalitetsplikt overfor forbruker under avtaleinngåelse

*- Med vekt på plikten til å opplyse, fraråde og foreta
undersøkelser.*

Kandidatnummer: 29

Antall ord: 14 956



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

INNHold

1.	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING.....	3
1.2	FAKTISK SAMMENHENG	4
1.3	AVGRENSNINGER.....	5
1.4	VIDERE FREMSTILLING	6
1.5	DEN ULOVFESTEDE LOJALITETSPLIKTEN	6
1.5.1	Hva er lojalitetsprinsippet?	6
1.5.2	Hva er lojalitetsprinsippet funksjon?.....	7
1.5.3	Hvordan anvende lojalitetsprinsippet?.....	8
2.	HOVEDDEL	9
2.1	INNLEDNING	9
3.	BANKENS PLIKT TIL Å OPPLYSSE	10
3.1	HVA MENES MED OPPLYSNINGSPLIKT?	10
3.2	OPPLYSNINGSPLIKT VED LÅNEAVTALER	10
3.2.1	Informasjon om risiko.....	10
3.2.2	Har banken pedagogiske forpliktelser?.....	12
3.2.3	Forbrukers undersøkelsesplikt	13
3.3	OPPLYSNINGSPLIKT VED KAUSJONSAVTALER	14
3.3.1	Informasjon om risiko.....	14
3.3.2	Forbrukers undersøkelsesplikt	16
3.3.3	Har banken pedagogiske forpliktelser?.....	17
3.4	OPPLYSNINGSPLIKT FOR SAMMENSATTE INVESTERINGSPRODUKTER	19
3.4.1	Innledning	19
3.4.2	Opplysning om risiko og forbrukers undersøkelsesplikt	20
3.4.3	Har banken pedagogiske forpliktelser?.....	22
3.5	OPPLYSNINGSPLIKT OG LOJALITETSPRINSIPPET	23
3.5.1	Informere om risiko	23
3.5.2	Har banken en plikt til å tilpasse formidling og veilede forbruker?.....	25
3.5.3	Forbrukers undersøkelsesplikt	26
4.	BANKENS FRARÅDINGSPLIKT	28
4.1	HVA MENES MED FRARÅDINGSPLIKT?.....	28
4.2	FRARÅDINGSPLIKT VED LÅNEAVTALER	29
4.2.1	Når oppstår frarådingsplikten?.....	30
4.2.2	Terskelen for frarådingsplikt	31

4.3	FRARÅDINGSPLIKT VED KAUSJONSAVTALER	34
4.3.1	Innholdet i frarådingsplikten.....	34
4.3.2	Terskelen for frarådingsplikten.....	35
4.4	FRARÅDINGSPLIKT OG SALG AV SAMMENSATTE INVESTERINGSPRODUKTER	36
4.4.1	Foreligger frarådingsplikten for banken i forbindelse med salg av sammensatte spareprodukter?	36
4.4.2	Er frarådingsplikten overhodet praktisk?.....	38
4.4.3	Hvilken terskel kan legges til grunn?.....	40
4.5	FRARÅDINGSPLIKT OG LOJALITETSPRINSIPPET	41
4.5.1	Har banken frarådingsplikten?.....	41
4.5.2	Forbrukers undersøkelsesplikten	43
4.5.3	Når utløses frarådingsplikten?	43
5.	BANKENS PLIKT TIL INDIVIDUELLE UNDERSØKELSER AV FORBRUKER	45
5.1	HVA MENES MED UNDERSØKELSESPLIKT?.....	45
5.2	UNDERSØKELSESPLIKT VED LÅNEAVTALER	45
5.2.1	Hva er innholdet i bankens undersøkelsesplikten for låneavtaler?	45
5.2.2	Hvor grundig må banken undersøke?	46
5.3	UNDERSØKELSESPLIKT VED KAUSJONSAVTALER.....	47
5.3.1	Hvor grundig må banken gå i sine undersøkelser?	48
5.4	UNDERSØKELSESPLIKT VED SALG AV SAMMENSATTE SPAREPRODUKTER	48
5.4.1	Hvilke undersøkelser skal foretas?	49
5.4.2	Hvor grundig skal banken gå til verks undersøkelser?	50
5.5	UNDERSØKELSESPLIKT OG LOJALITETSPRINSIPPET	51
5.5.1	Har banken en alminnelig undersøkelsesplikten?.....	51
5.5.2	Hvor grundig til verks må banken gå?	51
5.5.3	Forbrukers medvirkning	52
6.	AVSLUTNING	53
6.1	KJERNEN I KRAVET TIL LOJAL ATFERD HOS BANKEN.....	53
7.	LITTERATURLISTE	55

1. INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Emne for oppgaven er innholdet av bankens lojalitetsforpliktelser overfor forbrukere i forbindelse med at bindende avtale inngås. Lojalitetsplikten går kort fortalt ut på å handle på en slik måte at en ikke bare ivaretar egne, men også motpartens interesser.

Formålet er å analysere det nærmere innholdet av bankens oppfordring og forpliktelse til å ivareta forbrukerkundens interesser under fasen forut kontraktsinngåelse. Hvor omfattende krav til lojal oppførsel kan stilles?

Oppgaven tar sikte på å identifisere de grunnleggende kravene en kan stille til bankens atferd, i lys av det ulovfestede lojalitetsprinsippet. For å identifisere og bedømme innholdet av bankens grunnleggende lojalitetsforpliktelser kreves en helhetlig tilnærming der samtlige rettskilder vil spille inn og konkret bidra til å belyse rettsregelen.

1.2 Faktisk sammenheng

Med *bank* menes et økonomisk foretak hvis hovedoppgaver er å motta og yte kreditt.¹ I Norge framstår banken som en myndighetslignende institusjon. Banken er underlagt tilsyn og reguleringer basert på spekteret av tjenester som tilbys.² De viktigste regler for bankvirksomheten finnes i lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven), lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven), og lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven).

En *forbruker* er den 'vanlige mannen i gaten' som er kunde hos banken. I regelverket defineres forbruker gjennomgående som en privatperson³ som inngår avtale med næringsdrivende til private og familiære formål, helst uten store bakgrunnskunnskaper.⁴ Begrepet forbruker og kunde vil i fremstillingen bli benyttet noe om en annen, men det skal forstås i betydningen forbrukerkunde.

Flere trekk er karakteristisk for avtaleinngåelse mellom bank og forbruker. Partskonstellasjonen medfører for det første en ubalanse i styrkeforholdet mellom partene. Banken har et informasjonsovertak som innebærer at banken er overlegen forbrukeren når det kommer til kunnskap og ressurser.

¹ Inspirert av Per Meinich/Preben Munthe : <https://snl.no/bank>

² Finanstilsynet, lov 7. desember 1956 nr. 1 (finansstilsynslova)

³ Hvorvidt små næringsdrivende omfattes beror på helhetsvurdering av formålet.

⁴ Finansavtaleloven § 2 omtaler forbruker som "(..) en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet".

Relasjonen mellom kontraktspartene er også et spesielt trekk. Avtaler inngås ofte med utgangspunkt i et konstant kundeforhold. Det gjør at forbruker kan komme i et avhengighetsforhold hvis den er avhengig av bankens midler. Bankene nyter stor tillit hos forbrukere, og det er kun et mindretall som bytter bank i løpet av livet.^{5 6} Særlig med stillingsangivelser som ofte benytter definisjonen *rådgiver*, erkjenner ikke alltid kunden den formelle karakteren av kontraktsforholdet.⁷

1.3 Avgrensninger

Det er ikke mulig å ta for seg enhver avtale som kan inngås mellom bank og forbruker. Avtalene som blir gjenstand for analyse er låneavtaler, kausjonsavtaler og salg av sammensatte spareprodukter. Avtalene er ulike i risiko og ytelse. Det er et godt utgangspunkt for å nyansere bankens lojalitetsforpliktelser.

Låneavtaler reguleres i finansavtaleloven kapittel 3 om kredittytelser. Kredittytelse er en fellesbetegnelse på avtaler hvor banken yter penger til forbruker mot tilbakebetaling, samt renter.⁸

Kausjonsavtaler har tett forbindelse med låneavtaler og reguleres i kapittel 4 i finansavtaleloven. Ordet kausjon⁹ har ingen definisjon i loven. I forarbeidene fremgår at det er avgjørende at formålet med avtalen utgjør en sikkerhetsstillelse.¹⁰ I forlengelsen av kredittytelse fra bank til låntaker, er kausjonisten en tredjeperson som stiller sikkerhet for hele eller deler av summen låntaker innestår for overfor banken. Kausjon tjener både til finansiering for låntaker og risikodekning for banken. Ansvar blir realisert dersom låntaker ikke innfrir sin avtale. Å stille som kausjonist innebærer for derfor et sekundært (betinget) betalingsansvar.

⁵ Færstad, Bankens informasjonsplikter (2014/01), s. 76.

⁶ <http://e24.no/privat/penger/vi-forbrukere-er-for-lojale-vi-tror-bankene-tar-vare-paa-oss/22808845>

⁷ Vanlig tittel på ansatte : <http://www.nordea.no/privat/radgivning/radgivning/okonomisk-radgivning.html> og <https://www.sparebanki.no/nb/bank/privat/kundeservice/bestill/bestill-mote-med-radgiver.html> .

⁸ Definisjon i § 44 a.

⁹ Bare delvis og indirekte definisjon i finansavtaleloven § 57 (2).

¹⁰ NOU 1994:19 s. 174.

Sammensatte spareprodukter reguleres i verdipapirhandelloven. Slike omtales også som finansielle instrumenter og innebærer at forbruker investerer i produkter istedenfor å spare på konto.¹¹ Produktene inneholder en innskudds- eller obligasjonsdel som gir direkte avkastning, deretter et derivatelement. Forbrukeren tar en viss risiko under ønsket om å oppnå avkastning. Avtalen fremstår utad som en kjøpsavtale, men samtidig er rådgivningsaspektet under avtaleinngåelsen fremtredende.¹²¹³ Elementet av rådgivning kan imidlertid ikke sammenlignes med rene rådgivningsavtaler der profesjonsansvaret råder.

Aspektene av lojalitetsplikten oppgaven handler om må avklares. Forpliktelser som erfaringsmessig er særlig egnet til å ivareta forbrukerens behov og interesser under avtaleinngåelse er plikten til å *opplyse, fraråde og foreta undersøkelser overfor forbruker*. Pliktene kan ses som spesifikke utslag av bankens generelle lojalitetsplikt.

1.4 Videre fremstilling

I del 1 er oppgavens tema, kontekst og avgrensninger presentert. Videre følger en redegjørelse av lojalitetsprinsippet, og dets innhold og funksjon.

Hoveddelen følger i del 2. Analysen under hoveddelen vil ta utgangspunkt i grovinndelingen av bankens lojalitetsforpliktelser i forbindelse med de utvalgte avtalekategoriene.

På tross av at det dreier seg om forskjellige avtaler, så vil det forsøkes å utlede noe generelt og allmenngyldig om bankens lojalitetsforpliktelser under punkt 3.

1.5 Den ulovfestede lojalitetsplikten

1.5.1 Hva er lojalitetsprinsippet?

Det generelle utgangspunktet i norsk rett er at det hersker frihet under avtaleinngåelse, samt at partene bærer risikoen for egne forutsetninger i tilknytning til

¹¹ Se f.eks. verdipapirhandellovens definisjon i § 2-2.

¹² F.eks. Færstad, bankens informasjonsplikter (2014/01).

¹³ Rådgivning er i kontraktsretten regnet som innsatsforpliktelse.

kontrakten.¹⁴ Den ulovfestede lojalitetsnormen nyanserer dette rettslige utgangspunktet.

Lojalitetsnormen innebærer en alminnelig og generell plikt til å opptre aktsomt og lojalt i kontraktsforhold, se for eksempel Rt-1988-1078.¹⁵ Det innebærer en plikt til å ta rimelig eller tilbørlig hensyn til den andre partens interesser.¹⁶ Det kan sammenlignes med en form for omsorgsforpliktelse for den andre parten; men likevel ikke så omfattende at det kan føre til at en selv lider tap.¹⁷

Lojalitetsprinsippet har likhetstrekk med en rettslig standard,¹⁸ slik som for eksempel urimelighetsvurderingen etter avtalelovens § 36. Poenget er at normer utenfor prinsippet er avgjørende for hvordan de konkrete omstendigheter vektlegges. Derfor er rettspraksis av særlig betydning når innholdet fastlegges.

Beskyttelsesnivået vil påvirkes av hvilken type kontrakt det gjelder, hvilket stadium kontrakten befinner seg på, hvilke parter som deltar, samfunnsutviklingen, osv. Prinsippets relativitet er grunnen til at det ikke er hensiktsmessig å oppstille håndfaste retningslinjer for anvendelsen i praksis.

Lojalitetsplikten gir rom for å absorbere den komplette rettstilstanden slik den følger av lov, ulovfestet rett og samfunnsforholdene for øvrig. Lojalitetsprinsippet er derfor et sammensatt rettsgrunnlag.

1.5.2 Hva er lojalitetsprinsippets funksjon?

Som nevnt nyanserer prinsippet utgangspunktet om at avtaleparter kun trenger å ta hensyn til egne interesser. Ikke minst representerer prinsippet et innhugg i avtalefriheten. Lojalitetsprinsippet aktualiserer partenes gjensidige avhengighetsforhold.

¹⁴ Se f.eks. Giertsen, *Avtaler* (2006) s. 176.

¹⁵ Rt. 1988 s.1078 (s. 1084): "Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten".

¹⁶ Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse* (2013) s. 78.

¹⁷ Knophs, *norsk rett* (1993), s. 329.

¹⁸ Nazarian, *Lojalitetsplikt* (2007), s. 127.

Det er ikke dermed illojalt å tjene på den andre partens bekostning - snarere tvert i mot. En slik rettstilstand hadde ikke gagnet forretningslivet. Det må likevel trekkes en nedre grense mot det som kan betegnes som illojale handlinger. Illojalitet er betinget av at atferden kan klassifiseres som klanderverdig.¹⁹

Eksistensen av lojalitetsprinsippet anerkjennes ut i fra ønsket om å skape tillit, verdiskapning og forutberegnelighet i omsetningslivet, i tillegg til å ivareta samfunnsmorale. Prinsippet er praktisk ettersom det er umulig å forutse og avtalefeste alt i en kontrakt.

Rekkevidden kan illustreres av Høyesteretts uttalelser i Rt.1988 s.1078 om at "*kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten*".²⁰ Overført til oppgavens kontekst må det foretas en avveining mellom en forbrukers plikt til å ivareta egne interesser, og bankens oppfordring til å ivareta forbrukers interesser.

Avveiningen bidrar til å identifisere partenes gjensidige - eller 'beskyttelsesverdige' – forventninger.²¹ Med det menes selvsagt ikke partenes subjektive forventninger. Derimot skal de forventninger rettsordenen legitimerer beskyttes når parten har rimelig grunn til å feste lit til dem. Dette fremmer hensynet til forutberegnelighet, som er et grunnleggende hensyn bak lojalitetsprinsippet. Lojalitetsprinsippet legitimerer partenes berettigede forventninger.

1.5.3 Hvordan anvende lojalitetsprinsippet?

Å bryte lojalitetsplikten medfører kontraktsbrudd.

Lojalitetsprinsippet får gjennomslagskraft via tolkning, utfylling eller supplerings av avtalen. Det er en glidende overgang mellom å anvende prinsippet som tolkningsmoment eller primært rettsgrunnlag. Felles er at man søker en juridisk løsning som fremmer lojalitet mellom partene.

¹⁹ Om skyldkravet, jf. Henriette Nazarian, lojalitet s. 251 og Rt.1998 s.761 (s. 772).

²⁰ Dom s. 1084.

²¹ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser (2013) s. 69 og Nazarian, Lojalitetsplikt (2007) s. 269.

Et tolkningsresultat som fremmer lojalitet innebærer at man lander på et resultat som er egnet til å fremme hensynene bak prinsippet. Slike er for eksempel verdier som forutberegnelighet, rimelighet, rettferdighet og balanse i kontraktsforholdet.²² Innfortolket i lojalitetsplikten ligger også en god tro-standard.²³

En forutsetning for å sanksjonere mot brudd på lojalitetsnormen er at det foreligger årsakssammenheng mellom lojalitetsbruddet og den oppståtte ulempe.²⁴ Følgen av en illojal handling fra bankens vil typisk være at forbruker gikk med på noe han ellers ikke hadde, på grunn av feil forutsetninger.²⁵ Foruten at lojalitetsprinsippet medfører kontraktsrevisjon eller erstatning, kan atferden medføre ugyldighet.

2. HOVEDDEL

2.1 Innledning

Rettsregelen for bankens plikt til å opplyse, foreta undersøkelser og fraråde skal utledes. På den bakgrunn vil innholdet i bankens lojalitetsforpliktelser drøftes.

Ettersom bankens kontrakter ofte er standardiserte, vil ikke disse bidra nevneverdig til avtaletolkningen for å belyse innholdet i bankens forpliktelser utenfor de standardiserte vilkårene.²⁶

Foruten regelverk som direkte innvirker på bankens forpliktelser, så gjelder overordnede føringer for bankens virksomhet. Slike kan være at banken skal opptre i tråd med "god forretningsskikk".²⁷ Betydningen av brudd på slik offentligrettslig lovgivning er imidlertid ikke samsvarende med et privatrettslig avtalebrudd.²⁸

²² Sml. innholdet i vurderingen etter avtaleloven § 36.

²³ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser (2013) s. 314.

²⁴ Det er en etablert forutsetning i rettspraksis, f.eks. Rt.1984 s.28 eller Rt.2013 s.388.

²⁵ Eksempel fra bankklagenemnda FinKN sak 2013-331: "En forutsetning for at et eventuelt brudd skal medføre at kausjonen for beløpet helt eller delvis nedsettes, er at det foreligger årsakssammenheng mellom opplysningssvikten og kausjonen".

²⁶ Til illustrasjon: https://www.nordnet.no/pdf/no/avtal_kausjon.pdf, <https://www.nordnet.no/pdf/no/kreditavtal.pdf>, https://flexivisa.santanderkredittkort.no/globalassets/dokumenter/042_fullverdig_kredittavtale_01.12.2014_web_5sider.pdf.

²⁷ F.eks. finansforetaksloven § 13-5 (4).

²⁸ Avtalefriheten reguleres ikke på preseptorisk vis.

3. BANKENS PLIKT TIL Å OPPLYSSE

3.1 Hva menes med opplysningsplikt?

Med opplysningsplikt menes generelt en forpliktelse til å tilby og formidle relevant informasjon man selv kjenner til, når den andre part har interesse av det - og for så vidt det anses rimelig.²⁹ Her menes bankens opplysningsplikt som et resultat av bidrag fra samtlige rettsregler

Partenes gjensidige opplysningsplikt utgjør en integrert del av norsk obligasjonsrett og har lange røtter.³⁰ Opplysningsplikten er nemlig en forutsetning for at kontrakten oppfylles slik den er inngått. For å leve opp til kontraktens forpliktelser har partene behov for å vite hva de forplikter seg til, samt på hvilket grunnlag.

Når kontraktspartene inngår avtale har de behov for å innrette seg i tillit til den andres opplysninger. Opplysningsplikt medfører derfor en lojalitetsforpliktelse.

Dersom opplysningsplikten ikke følges opp, medfører det ikke bare brudd på lojalitetsprinsippet i form av mangelsbeføyelser eller ugyldighet.³¹ I verste fall kan slike brudd være straffbare.

Plikten til å opplyse gjelder kun innenfor 'rimelighetens grenser'. Opplysningsplikten avgrenses nemlig i lys av motpartens oppfordring til å ivareta egne interesser, ofte omtalt som medkontrahentens undersøkelsesplikt.³²

3.2 Opplysningsplikt ved låneavtaler

3.2.1 Informasjon om risiko

For låneavtaler har banken opplysningsplikt under markedsføring, jf. § 46 i finansavtaleloven. Etter ordlyden omfattes "markedsføring av kredittavtale" av opplysningsplikten. Hvilke avtaler vil falle innunder vilkåret? Ordlyden tilsier i alle fall ingen begrensninger på type markedsføring eller hvem denne retter seg mot. Forarbeidene presiserer at hensynet til kredittkunden må veie tungt i vurderingen av

²⁹ Noen ganger kan imidlertid opplysningsplikten bero utelukkende på om den andre part kunne forvente å få slike opplysninger, slik som etter avhl. § 3-7 og det normative vilkåret "måtte kjenne til". Illustrasjon: Rt.2002 s.696.

³⁰ Den er både en lovfestet plikt og en ulovfestet forpliktelse.

³¹ Slik som f.eks. i kjl. § 17 (1), avhl. § 3-7 eller kap. 4 i finansavtaleloven.

³² F. eks. til uttrykk i avhl. § 3-10 som gjelder ved kjøp og salg av eiendom.

hvilke avtaler som omfattes, herunder må det tas i betraktning hvordan kredittkunder flest oppfatter markedsføringen.³³ Det må derfor være rimelig å si at så lenge banken overhodet reklamerer for raske eller lånte penger, gjelder opplysningsplikten.

Hvilke krav til opplysninger stilles når banken henvender seg til allmennheten for å rekruttere låntakere? At informasjonen må være sannferdig og fullstendig kommer til uttrykk gjennom den positive oppregningen i § 46. Oppregningen omfatter blant annet kostnader, beløp, lånetid, totalbeløp og avdrag, jf. (1). Spesielt viktig er plikten til at effektiv rente kommer med i grunnlaget ettersom den angir hva forbrukeren faktisk må betale for lånet.³⁴ Banken skal benytte representative eksempler, noe som vil medvirke til å belyse hva den enkelte forbruker går inn i.³⁵ Resultatet av opplysningsplikten er at kunden får et best mulig grunnlag for å ta stilling til bankens tilbud.

Bestemmelsen om opplysningsplikt forut for avtaleinngåelse i § 46 a er imidlertid den mest sentrale bestemmelsen.³⁶ Den inneholder også en positiv oppregning av opplysninger som må fremlegges, før forbrukeren blir bundet. Listen er mer omfattende. På nåværende tidspunkt vil samtalene mellom bank og forbruker være enda mer forpliktende, opplysningsplikten veier tyngre. Det ligger i sakens natur at når en først er kommet så langt at avtale inngås, er det essensielt at forbrukeren kjenner de økonomiske konsekvensene, samt hvordan avtalen kan utvikle seg i fremtiden. Opplysninger om angrerett er et praktisk viktig eksempel på en opplysning som alltid skal med når det er relevant.

De rettslige standardene i avtl. §§ 33 og 36 supplerer oppregningen. Disse får mindre spillerom enn ellers når opplysningsgrunnlaget er så konkret angitt. Det kan likevel tenkes at det vil være uredelig å tilbakeholde opplysninger som ikke er inntatt i loven, i helt spesielle tilfeller.

³³ NOU 2009:11 p. 8.3, merknad til § 47.

³⁴ Prop. 65 L (2009-10) p. 5.1.

³⁵ Andre ledd.

³⁶ Den gjennomfører hovedtrekkene i Dir. 08/48 art. 5 til 7

Felles for samtlige opplysningskategorier er at informasjonen skal gis i "god tid" før avtalen inngås. Hva som er å anse som god tid? Vilkåret må nok tolkes individuelt og konkret. Det overordnede formålet er ifølge forarbeidene at forbrukeren skal få tilstrekkelig betenkningstid.³⁷ Hva som utgjør "god tid" vil derfor avhenge av partenes innsikt, størrelse på risiko, osv. Forbruker må få anledning til å overveie om han skal inngå låneavtalen.

Det står i tredje ledd at opplysningene etter første ledd skal gis på "papir eller annet varig medium(..)", som for eksempel epost. Skriftlig informasjon skal alltid være tilgjengelig for kredittkunder før avtalen inngås, jf. sjette ledd. Skriftlighet kan være et grep for å sikre at opplysningene når fram til forbruker, på en måte som også er etterprøvable for banken. Det holder for eksempel ikke å overrumple forbruker i samme møte som avtalen inngås, eller generelt sett overlesse forbruker med muntlige opplysninger.

Det avskjæres mot bankens opplysningsplikt under kredittforholdet etter § 48 a fordi opplysningsplikten under avtaleinngåelse er tema.

3.2.2 Har banken pedagogiske forpliktelser?

Utover at banken må legge til rette for at opplysninger formidles forbruker skriftlig, og i god tid før avtaleinngåelse, så eksisterer forklaringsplikten, jf. § 46 c. Banken plikter før kredittavtale inngås å gi forbrukeren "fyllestgjørende forklaring" slik at forbruker blir i stand til å vurdere om avtalen passer hans behov og finansielle situasjon.

Hvilke opplysninger må banken forklare forbruker? Det står i bestemmelsen at forklaringen spesifikt sikter til opplysningsplikten etter § 46 a, herunder avtalens viktigste egenskaper og konsekvensene for forbruker. Konsekvensene avtalen kan medføre ved eventuelt mislighold er praktisk viktig å forsikre seg om at forbruker kjenner. Veiledningen må derfor omhandle alle opplysninger og alt faktum som er

³⁷ Ot.prp.nr. 41 1998-1999 s. 54.

relevant for å belyse den risikoen. I forarbeidene fremgår at det særlig vil være tale om å peke ut tryggere valg og alternativer for forbrukeren.³⁸

Forklaringsplikten blir dermed en plikt for banken til konkret å relatere avtalens egenskaper til forbrukerens behov og formål, i forlengelsen av opplysningsplikten. Det innebærer å identifisere og vurdere risiko. Det munner ut i en plikt til å individualisere og tilpasse opplysninger og råd til den enkelte forbrukers situasjon. Forbrukers behov er at den inngår en økonomisk forsvarlig avtale.

Forklaringsplikten medfører at banken får en pedagogisk forpliktelse overfor forbruker. Den må sikre både *om* og *at* forbruker faktisk forstår hvilken avtale den er i ferd med å begi seg ut på, samt hensiktsmessighet og konsekvenser for forbruker. Forbruker må veiledes slik at han tar gode valg og inngår en forsvarlig avtale, sett i lys av sin økonomi. Forsvarlig veiledning forutsetter at vektleggingen av de obligatoriske opplysningene er realistisk, slik at risikobildet ikke overskygges.

Opplysningsplikten må etter dette forstås som at dersom ikke forklaringsplikten er overholdt, så vil heller ikke opplysningsplikten være oppfylt. Opplysningsplikten i vid forstand skal til syvende og sist oppfylle formålet om at forbrukeren skal stå best mulig rustet til å fatte avgjørelse om å påta seg lån.

3.2.3 Forbrukers undersøkelsesplikt

Den positivistiske angitte opplysningsplikten gir banken få muligheter til å nyansere opplysningene ut i fra forbrukers egen kunnskap. Forbrukers undersøkelsesplikt får liten betydning for denne.

For forklaringsplikten er løsningen mer åpen. Spørsmålet blir om banken alltid har en pedagogisk forpliktelse til å tilpasse og supplere de opplysninger den har gitt?

Ordlyden i § 46 a gir ikke uttrykkelig svar på spørsmålet. Ut i fra en formålsbetraktning må plikten forstås som å bero på (bankens vurdering av) hvor grundig det er nødvendig å gå for å ivareta forbrukers behov.

³⁸ NOU 2009:11 s. 154-155.

I forarbeidene er det fremhevet at forklaringsplikten kun inntreder der forbrukeren ikke selv er i stand til å vurdere situasjonen. Dermed får forbrukerens egen kunnskap og innsikt direkte betydning for kravene som stilles til bankens forklaringsplikt. Likevel medfører det ingen plikt for forbruker til å utføre undersøkelser. Det er banken som må ta forbrukeren slik den er og tilpasse seg etter han. Og banken har risikoen for å vurdere hvordan situasjonen faktisk ligger an for forbrukerens kunnskaper.³⁹

Løsningen er at mens forbrukers kunnskap får betydning i forbindelse med bankens informasjonsformidling, så er det vanskelig å se at forbruker pålegges å gjøre selvstendige undersøkelser i forbindelse med låneavtaler.

3.3 Opplysningsplikt ved kausjonsavtaler

3.3.1 Informasjon om risiko

Banken har opplysningsplikt forut avtaleinngåelse i henhold til finansavtaleloven § 59. I tillegg kommer tilhørende varslingsplikter i §§ 62, 63 ved manglende sikkerhetsstillelse eller i forbindelse med mislighold og betalingsutsettelse hos hoveddebitor. Det avgrenses mot varslingspliktene ettersom de representerer opplysningsplikten etter inngått kausjonsavtale.

Også den pre-kontraktuelle opplysningsplikten for kausjonsavtaler er konkret angitt. I bokstavene a-g) følger en positiv oppregning av obligatoriske opplysninger forbruker skal meddeles "før" avtaleinngåelse. I spørsmålet om hva som er tidsnok meddelelse, så må det også her ses hen til formålet med opplysningsplikten. Forbruker skal bli i stand til å vurdere hvorvidt innholdet i avtalen passer for hans økonomi.

I forarbeidene påpekes at brudd på de obligatoriske opplysningene gir rom på en helhetsavveining etter alminnelige rettsregler, herunder avtl. §§ 30, 33, 36.⁴⁰ Ikke alle brudd vil lede til ugyldighet.

³⁹ NOU 2009: 11 p. 8.3 til § 48.

⁴⁰ NOU 1994: 19 s. 178.

Bokstav a) regulerer at den "alminnelige risikoen" skal opplyses. Hvilke opplysninger kan rimeligvis innfortolkes i den "alminnelige risikoen" for kausjonsstillelse? Vurderingstema er vidt og skiller seg fra de øvrige konkretiserte opplysningene banken er pålagt å informere om.

Ordlyden tilsier at kausjonisten skal få kunnskap om hva en kausjonsavtale i praksis innebærer; nemlig å kunne bli ansvarlig for en annens gjeld. Ordet "alminnelig" tilsier at det er den generelle risikoen det siktes til, og ikke risikoen for at akkurat denne hoveddebitoren står i fare for mislighold. For at kausjonsavtalen skal bli en realitet fordrer det at hoveddebitor ikke gjør opp betaling i henhold til kredittavtalen. Den risikoen vil alltid være tilstede, og det er viktig å formidle. Det som kan fremstå som en ubetydelig underskrift for kausjonisten, kan senere vise seg å få betydelige økonomiske konsekvenser.

Spørsmålet er om banken også er pålagt å opplyse om den spesielle risikoen knyttet til kausjonen? Utover den generelle risikoen som knytter seg til å stille kausjon, må banken opplyse om omstendigheter som i hvert tilfelle får betydning for vurderingen av den spesielle risikoen. Tidsforløp, størrelse på lånet, pant, og i bokstav f) "verdien av pant og annen sikkerhet" kausjonisten kan legge til grunn, belyser den spesielle risikoen. Sistnevnte er særlig egnet til å klargjøre den individuelle risikoen og omfanget av løftet. Informasjon om at forbruker kausjonerer for eldre gjeld er viktig i praksis ettersom det kan indikere dårlig betalingsevne hos hoveddebitor. I lys av de obligatoriske opplysninger får banken et indirekte ansvar for å informere om den spesielle risikoen.

I bokstav h) står i tillegg at banken skal opplyse om andre forhold som kausjonisten "i samsvar med redelighet og god tro har krav på" å bli opplyst. Tilførelsen viser uttrykkelig til at de avtalerettslige standardene, særlig § 33. Den understreker at opplysningsplikten ikke er uttømmende regulert. Bankens lojalitetsplikt overfor forbruker kan utgjøre en målestokk for hvilke opplysninger banken er forpliktet til å inkludere.

Banken opplysningsplikt omfatter dermed både den generelle risikoen og alle forhold som er relevant for den spesielle risikoen.

3.3.2 Forbrukers undersøkelsesplikt

I Rt.1984 s. 28 Tromsø Sparebank undertegnet en forbruker selvskyldnerkausjon for et firmas kassakreditt. Hovedspørsmålet i saken var om banken hadde overholdt informasjonsplikten. Forbruker ble nemlig ikke opplyst om at kassakreditten allerede var overtrukket, eller at en annen selvskyldnerkausjon likevel ikke var blitt stilt. Selv om andre momenter kan tilsi opplysningsplikt for banken, ble det uttalt at det er kausjonisten selv som må vurdere debtors økonomi, samt om betryggende sikkerhet er stilt.

"Hvilke krav det skal stilles til bankens opplysningsplikt, må vurderes i forhold til de krav som må stilles til Kristoffersens undersøkelsesplikt".⁴¹

Dommen viser tydelig at forbrukers undersøkelsesplikt får betydning for de krav som stilles til bankens opplysningsplikt. Dette utgangspunktet må fremdeles være gjeldende rett ettersom Høyesterett ikke eksplisitt har fraveket det i nyere tid. En annen sak er selvsagt at lovgiver har uttrykkelig pålagt banken å informere om sikkerhetsstillelser ved finansavtaleloven, slik at det ikke lenger påligger forbruker å undersøke.

Begrunnelsen for at kausjonisten likevel vant frem, var at han ikke var mulig å bebreide for tapet. Høyesterett fant at tapet nemlig hadde oppstått allerede før forbruker avga kausjonserklæringen. Bankens forsømt både sin undersøkelses- og opplysningsplikt i forbindelse med å bringe på det rene om forbruker var informert om utviklingen med sikkerhetsstillelsen. Det var ingen tvil om at forbruker var villedet og feilinformert, og at banken burde forstått det. Om ikke det kunne innfortolkes i den ulovfestede opplysningsplikten, så medførte atferden uansett at banken var illojal.⁴²

⁴¹ Rt.1984 s. 35.

⁴² "Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold" (dommen s. 34).

En annen dom som omhandlet forbrukers undersøkelsesplikt var Rt.1995 s.245. Den gjaldt en mor som undertegnet pantsettelsesobligasjon på boligeiendommen for datteren og samboerens gjeld. Hun hevdet seg senere ubundet med begrunnelsen at det var forsikringspapirer hun trodde hun undertegnet.

Her var kausjonistens atferd i form av manglende undersøkelser så "*grovt uaktsom*" og "*graverende*" at det var ikke nødvendig å ta ytterligere stilling til bankens atferd. At banken nå har en generell informasjonsplikt om hva kausjonsavtale innebærer for forbruker, er nå stadfestet i finansavtl. § 59 a). Førstvoterende konstaterte den gang⁴³ at det ikke forelå generell opplysningsplikt under etableringsfasen av kausjonsforhold.

At banken opplysningsplikt for øvrig avgrenses av forbrukers undersøkelsesplikt, i det minste ved alvorlige tilfeller, må fremdeles bestå. Særlig vil det få betydning når en opplysning som lovgiver ikke har tatt uttrykkelig høyde for.

3.3.3 Har banken pedagogiske forpliktelser?

I kausjonsavtaler skal opplysningene gis "skriftlig", slik at informasjonen er etterprøvable og lett tilgjengelig. Formkravet, jf. § 59 er med på å understreke alvorret i situasjonen. Utover kravet til presentasjon av opplysningene, fremgår ingen uttrykkelig forklaringsplikt. Loven pålegger tilsynelatende kun fremleggelsesplikt, men ingen plikt til å forklare og tilpasse informasjonen til forbruker. Etersom loven ikke gir veiledning, må rettspraksis undersøkes.

Før finansavtalelovens vedtakelse var heller ikke fraværet av tilpasnings- og veiledningsforpliktelser hos banken absolutt. I Rt.1994 s. 1288 undertegnet tre søsken gjeldsbrev for å overta morens gjeld for å hjelpe økonomisk, og for å oppnå skattefordel. Etter en termin gjorde søsknene gjeldende at de ikke var bundet fordi avtalen var proforma. De mente at banken ikke hadde forklart alvorret ved disposisjonen eller gjort klart at kausjonsavtalen faktisk var en realitet de måtte forholde seg til.

⁴³ Forut finansavtaleloven.

Førstvoterende viser til at tendensen har gått mot en økende vektlegging av bankens opplysningsplikt, og:

*" (...) antar at en bank etter omstendighetene har plikt til å opplyse om forhold som banken kjenner til, og som har betydning for kundens risiko."*⁴⁴

Det ble uttalt at det måtte skjerpe bankens aktsomhet at den fikk en bedre stilling ved at søskene kom inn og overtok gjelden. Det virker som at Høyesterett bevisst styrket kravene til bankens lojalitet og opplysningsplikt.

Dommen kan illustrere at banken må sette seg inn i kundens kunnskaper og innsikt, og samtidig informere dersom noe særegent eller betydningsfullt ikke var omtalt. Avgjørende i denne saken ble likevel søskenes handlinger og evne til å gjøre forundersøkelser. De ble ikke hørt med at avtalen ikke kunne gjøres gjeldende. Nå er som nevnt banken pålagt ved lov å informere om både den alminnelige og spesielle risikoen.

En nyere dom i samme retning er RG 2013 s. 530 (Borgating lagmannsrett). En forbruker var blitt forledet til å undertegne realkausjonsavtale, uten at han forstod hva dokumentene gjaldt, på grunn av begrensede norskkunnskaper. Spørsmålet var om banken hadde overholdt informasjons- eller frarådingsplikten etter finansavtaleloven § 59 og § 60. Det ble uttalt:

"Banken har muligens et poeng når den anfører at skriftlig informasjon til A neppe ville ha hatt betydning for om avtale ble inngått eller ikke. (...). Men banken hadde også plikt til å fraråde A muntlig. Med muntlig informasjon er det under enhver omstendighet sannsynlig at han ikke ville ha kausjonert."

Bankens lojalitetsplikt overfor kunden medfører at bankens opplysningsplikt etter omstendighetene strekker seg lenger enn bare å forelegge forbrukeren opplysningene loven krever. Dersom ekstraordinære omstendigheter tilsier det, må banken formidle budskapet slik at de forsikrer seg om at forbrukeren faktisk er innforstått med det.

⁴⁴ Dom s. 1293.

Konklusjonen er at banken har en ulovfestet pedagogisk plikt til å sørge for at forbrukeren forstår materien de blir presentert for. Det kan omtales som en mildere form for veiledningsplikt. En fullstendig veiledningsplikt - lik den for låneavtaler - er imidlertid ikke holdepunkter for å konstatere. Det vil være et visst tomrom mellom bankens pedagogiske plikt og frarådingsplikten.

3.4 Opplysningsplikt for sammensatte investeringsprodukter

3.4.1 Innledning

Lovreguleringen for sammensatte investeringsprodukter er, til forskjell fra foregående, utelukkende offentligrettslig. Kravene er først og fremst grunnlag for sanksjoner fra tilsynsmyndighetene.

Et eksempel på slik regulering er bestemmelsen om at ansatte skal gi "forsvarlig rådgivning og veiledning" ved valg av produkter, jf. finansforetaksl. § 16-1 (1). Foretaket skal på en "betryggende" måte sikre at kundene er kjent med alle opplysninger om produktet, jf. (3).

I tillegg kommer reglene om investorbekyttelse i verdipapirhandelloven. § 10-11 (2) stiller krav til bankens meddelelse av opplysninger om henholdsvis produktet, omkostninger og gebyrer, advarsel om risiko. Og i nr. (3) fremgår at "verdipapirforetak skal påse at all informasjon til kunder eller potensielle kunder er korrekt, klar og ikke villedende (..)".

Fraværet av spesielle privatrettslige hjemler for bankens forpliktelser er ikke ensbetydende at forbrukeren ikke har et avtalerettslig vern opplysninger den behøver. Nevnte lovgivning lager rammeverket for forbrukers forventning til banken.

I prinsippet kan både avtalelovens §§ 33 og 36, samt læren om bristende forutsetninger anvendes. Den viktigste skranken i praksis for å verne forbruker er imidlertid avtalelovens § 36.

Bankens opplysningsplikt og forbrukers undersøkelsesplikt behandles heretter under ett. Bankens opplysningsplikt og forbrukers undersøkelsesplikt blir to sider av samme sak etter ulovfestet rett.

3.4.2 Opplysning om risiko og forbrukers undersøkelsesplikt

Hvor langt er banken pålagt å informere om risikoen som knytter seg til investering ved sammensatte spareprodukter? Hvordan avgrenses ansvaret i lys av forbrukers undersøkelsesplikt?

I Lognvik-dommen,⁴⁵ ble utfallet at banken ikke hadde brutt sin opplysningsplikt i henhold til avtl. § 36, da to privatpersoner lånefinansierte sin investering. Det fremkom at vurderingen ikke burde bli påvirket av hvorvidt produktene var lånefinansierte av banken, eller ikke.

Det ble sagt at en investor:

"(..) i utgangspunktet har risikoen for sin egen investeringsbeslutning, men at dette utgangspunktet forlattes der det er kvalifiserte mangler ved den informasjon tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne."⁴⁶

Fra dommen kan det for det første konstateres at Høyesterett skiller mellom selve investeringsbeslutningen og opplysningsgrunnlaget. Investeringsrisikoen påligger uten tvil forbruker. Forbruker har ansvaret for å beslutte om han vil investere og må foreta undersøkelser som ligger til grunn for investeringsbeslutningen. Samtidig har banken ansvar for å sørge for at det gis dekkende opplysninger om produktet. Banken bærer dermed risikoen for de viktigste opplysningene.

For at banken skal måtte bære risikoen for investors beslutning, kreves svikt i opplysningsgrunnlaget; såkalte "kvalifiserte mangler". Hva førstvoterende egentlig mente med "kvalifiserte mangler" er vanskelig å vite sikkert. Ved første øyekast kan det virke som om førstvoterende oppstiller en høy terskel for opplysningssvikten.

⁴⁵ Rt.2012 s.355.

⁴⁶ Avnsitt 68.

I Fokus bank-dommen,⁴⁷ som kom senere, ble det solgt noter - et finansielt produkt som kunne innløses ut i fra verdien i markedet - til privatkunder. En rekke investorer reiste erstatningssak mot banken som hadde formidlet salgene, da noten ble terminert i 2009 og innløst til lav kurs. Høyesterett kom til at kundene hadde mottatt tilstrekkelig informasjon om egenskapene:

*"Selv om informasjonsmaterialet - sett i ettertid - med fordel kunne vært tydeligere, er jeg kommet til at det - vurdert under ett - gir tilstrekkelig informasjon til at kundene kunne forstå at notens verdi ble påvirket av utviklingen i et marked, og at det var en risiko for at noten blir terminert ved stort fall i denne verdien."*⁴⁸

Retten gikk lenger i å pålegge opplysningsplikt for banken, selv om den såkalte investeringsrisikoen fremdeles ligger hos forbruker og i stor grad beror på hans undersøkelser. Hvor tydelig og omfattende informasjonsmaterialet skulle være fremgår ikke tydelig av uttalelsen. Det fremstår som at banken må sørge for å informere om de relevante opplysninger den har for hånden, og som ikke er like tilgjengelige for forbruker.

I den siste dommen, herunder Røeggen-dommen,⁴⁹ modifierer Høyesterett ytterligere sitt ståsted i synet på bankens opplysningsplikt versus forbrukerens undersøkelsesplikt. En forbruker kjøpte aksjeindeksobligasjoner, finansiert ved at han lånte kjøpesummen i utstedende bank. Bankens markedsførte det som en god investering. Det endte likevel med null avkastning, motsatt fra forespeilet. Tvert i mot påløp det mer utgifter på grunn av renter og omkostninger ved lånet. Viktige forhold som var av betydning for investeringsbeslutningen, var ikke formidlet til Røeggen, og det var forhold som banken hadde herredømme over. Førstvoterende tar til orde for at kravene er strengere overfor dem som tilbyr slike produkter i dag, sammenlignet med før:

⁴⁷ Rt.2012 s.1926.

⁴⁸ Avsnitt 75.

⁴⁹ Rt.2013 s.388.

*"Røeggen var en ikke-profesjonell investor. Det var banken som tok kontakt med ham og foreslo investering i produktene. Bankens informasjonsplikt må da - også i 2000 - bedømmes strengt"*⁵⁰

Det uttales i den sammenheng at banken må forsikre seg om at kunden forstår innholdet i handelen de begir seg ut på, i alle fall ikke gi misvisende eller feilaktige opplysninger, slik som her. Informasjonen må være *"riktig, nøktern og realistisk (..)"*. Det ble uansett kjent urimelig at forbrukeren Røeggen skulle bære tapet, jf. avtl. § 36.

Måten rettsutviklingen har tatt form etter Røeggen-dommen kan det tyde på at opplysningsplikten nå er såpass omfattende at den omfatter informasjon om opplysninger som er relevante for den generelle og den spesielle risikoen. Forbruker må på den bakgrunn undersøke og vurdere investeringsrisikoen.

3.4.3 Har banken pedagogiske forpliktelser?

I den eldre Fokus bank-dommen var kravet som stiltes til banken at den skulle tilføre forbrukeren såkalt "tilstrekkelig informasjon". Uttalelsen kunne tyde på at såfremt banken har gjort det grunnleggende informasjonsmaterialet tilgjengelig på en eller annen måte for kunden, så har de oppfylt sin opplysningsplikt. Den ga et sterkt signal om at banken ikke har pedagogisk plikt overfor kunden. Et slikt standpunkt vil potensielt være vanskelig å forene med produktets risiko og kompleksitet, sett i lys av bankens informasjonsovertak.

Det spesielle med sammensatte investeringsprodukter er at disse utad fremstår som en kjøpsavtale. Samtidig er rådgivningsaspektet et fremtredende element i avtaleinngåelsen (denne delen sjelden er formalisert, slik som ved rene rådgivningsavtaler). Mens en salgsavtale er en resultatforpliktelse som går på overlevering av ytelsen, er rådgivning derimot en innsatsforpliktelse. At salg av sammensatte produkter har elementer av innsatsforpliktelse, taler for det bør oppstilles minimumskrav for utførelsens kvalitet.⁵¹ Hvorvidt informasjonsformidlingen av investeringsproduktets egenskaper og risiko er av god

⁵⁰ Avsnitt 125.

⁵¹ F.eks. håndverkertjenesteloven § 5 og kravet om å utføre tjenesten "fagmessig".

kvalitet, må i alle fall henspille på at forbrukeren blir tilstrekkelig opplyst til å foreta en forsvarlig investeringsbeslutning, noe som er et tilsiktet formål etter reglene om investorbeskyttelse. Rettspolitisk taler avtaletypens egenart for å oppstille krav til bankens måte å formidle grunnleggende opplysninger til forbruker.

Synspunktet virker å ha fått gjennomslag i Røeggen-dommen. Der blir det alle konstatert at banken må forsikre seg om at forbruker forstår innholdet i avtalen den inngår. Omfanget av opplysningsplikten strekker seg utover å formidle opplysninger. Bankers opplysningsplikt for salg av sammensatte investeringsprodukter omfatter også en pedagogisk forpliktelse. Men, hvor langt strekker den pedagogiske plikten seg?

Det grunnleggende utsagnet var at banken har plikt til å forsikre seg om at kunden faktisk forstår rekkevidden av informasjonen. Når målet er at forbruker kan ta forsvarlig investeringsbeslutning i lys av informasjonsmaterialet, tilsier det at banken må tilpasse nivået og grundigheten i formidlingen til den enkelte kunde. Høyesterett pålegger indirekte banken en form for resultatforpliktelse for at kunden skal bli i stand til å forstå innholdet, og derved forta et godt valg. Det taler for at banken får en nokså omfattende veiledningsplikt overfor kunden når det gjelder valg, alternativer og konsekvenser av investeringen. Veiledningsplikten kan imidlertid ikke tolkes slik at deler av investeringsrisikoen overføres til banken. Den egentlige investeringsrisikoen vil fremdeles høre under forbruker.

3.5 Opplysningsplikt og lojalitetsprinsippet

3.5.1 Informere om risiko

Spørsmålet er hva det vil si å ta tilbørlig hensyn til forbruker ved meddelelse av opplysninger?

Hvilke valgmuligheter som finnes, størrelse på risiko og umiddelbare konsekvenser av avtalen, er ikke alltid like overskuelig for forbruker når han inngår avtaler med banken. Forbrukerkunden er derfor ofte avhengig av å bli innviet i bankens kunnskapsbase og erfaringsgrunnlag i forbindelse med avtaleslutningen.

Passiv opplysningsplikt - det vil si en plikt til å komme med opplysninger på kundens forespørsel - vil banken alltid ha. En skranke forbruker potensielt kan møte kan gjelde taushetsbelagte opplysninger banken besitter. En annen skranke for bankens plikt til å gi opplysninger på forbrukers forespørsel, kan gå på tid og ressurser. Tema i denne sammenheng er derimot bankens plikt til å komme med opplysninger på eget initiativ – såkalt aktiv opplysningsplikt.

Gjennomgangen av typetilfellene viser at bankens aktive opplysningsplikt under avtaleinngåelse med forbruker for det første omfatter å gi generell informasjon – med andre ord tilføre kunnskap om substansen i tjenesten som forbrukeren bør ha for å kunne overveie å inngå avtale. Dette kan omtales som den alminnelige risiko ved produktet eller tjenesten. En slik type informasjon plikter banken å gi uansett. Det er den forpliktelsen som skaper minst vanskeligheter for banken ettersom det gjelder generell og standardisert informasjon som banken har parat.

I tillegg skal banken, ut i fra foreliggende omstendigheter belyse den spesielle risikoen ved avtalen. Eksempler kan være å opplyse hvilke sikkerhetsstillelser som ligger til grunn for kausjonsløftet, betalingsanmerkninger hos hoveddebitor eller spareprodukters kvalifikasjoner sett opp mot forbrukers formål. Den delen av opplysningsplikten krever større forundersøkelser og vurderinger fra bankens side for å ivareta forbrukers interesser. Opplysninger som avdekker den spesielle risikoen er slike som viser om avtalen er egnet eller hensiktsmessig for forbruker. Når forbruker er ens ærend hos banken, vil det være klanderverdig ikke å opplyse om det som får betydning for vurderingen av den spesielle risikoen.

Foruten at banken informerer om opplysninger forbrukeren kan ha interesse av, så skal opplysningsplikten tolkes slik at den også omfatter en plikt til heller ikke å gi forbruker uriktige opplysninger. Dette er aspekter som tradisjonelt sett hører innunder opplysningsplikten.⁵² Også bankens ensidige vektlegging av visse opplysninger vil likestilles med uriktige opplysninger, slik som i Røeggen-dommen.

⁵² I både kjøpslovgivningen og avhendingsloven representerer dette en mangel.

Bankens opplysningsplikt innebærer at den skal informere om sentrale forhold i et rimelig omfang, og heller ikke gi uriktige opplysninger eller vekte dem skeivt.

3.5.2 Har banken en plikt til å tilpasse formidling og veilede forbruker?

Hvilke krav kan stilles til utførelsen av bankens opplysningsplikt? Spørsmålet er om banken på generelt grunnlag også har en forklaringsplikt, i den forstand at den må tilpasse informasjonen til den enkelte forbrukers forståelse og innsikt. Problemstillingen aktualiserer den nærmere rekkevidden av bankens opplysningsplikt.

Holder det for banken å fremlegge informasjonsmaterialet for forbrukeren eller kreves en pedagogisk formidling overfor enkeltindividet for å ha oppfylt opplysningsplikten? Banken kan ha et mer vidtgående ansvar for å medvirke til å inngå en rimelig, rettferdig og balansert avtale, enn bare å oppfylle sine lovpålagte plikter.

Ved for eksempel kredittavtaler, fremgår det tydelig at banken har en plikt til å velge ut og tilpasse informasjonsmaterialet overfor den enkelte forbruker, med hjemmel i plikten til å gi fyllestgjørende forklaringer.

I forbindelse med kausjonsavtaler fremgår ingen uttrykkelig plikt til å gi forklaringer, men også her er forbrukerens behov søkt ivaretatt gjennom blant annet tidshorisonten for når informasjonen meddeles. Dessuten får valget mellom skriftlig og muntlig formidling får betydning for overholdelsen av opplysningsplikten. Det er lagt opp til at banken skal sørge for at forbrukeren får tilstrekkelig mulighet til å overveie informasjonen før han inngår avtale.

Også når det gjelder salg av sammensatte produkter viser rettspraksis at banken ikke kan gjennomføre opplysningsplikten uten å ta høyde for forbrukerens spesielle behov og innsikt.

Det er etter dette et fellestrekk blant de ulike avtalene at banken må utføre et minimum av veiledning for å sørge for at forbruker faktisk har forstått risikoen.

I lys av at det ved samtlige avtaler foreligger kunnskapsovervekt hos den ressurssterke parten, kan det argumenteres for at det medfører skjerpet aktivitetsplikt for banken under avtaleinngåelsen. Banken nyter som nevnt stor tillit hos forbrukerne, som både ønsker og forventer at banken forvalter sin kunnskap på en trygg måte. Hensynet til forutberegnelighet og rimelighet taler derfor for at banken burde strekke seg lenger enn det som tilsynelatende kreves av loven, for å oppfylle sin lovpålagte opplysningsplikt på en lojal måte.

Ubalansen i styrkeforholdet mellom partene innvirker på vurderingen av bankens lojalitetsforpliktelser. Det koster så lite for banken å foreta de undersøkelser som er relevante og nødvendige. Banken tar tross alt den minste risikoen sammenlignet med forbruker, fordi den stort sett vil tjene på avtalene den inngår. For eksempel for kausjon; det er banken likegyldig om den inndriver pengene fra hoveddebitor eller kausjonisten. Den oppnår uansett dekning.

Synspunktet om at banken har en pedagogisk plikt under avtaleinngåelsen har stort nedslagsfelt. Samlet taler lojalitetsbetraktninger for at banken etter omstendighetene må foreta en seleksjon i materialet de presenterer for forbrukeren, samt vurdere måten de presenterer det på, basert på forbrukers individuelle forutsetninger og behov. I motsatt fall kan banken anses for ikke å ha overholdt sin opplysningsplikt.

3.5.3 Forbrukers undersøkelsesplikt

Bankens forventninger til forbrukerens ivaretagelse av egne interesser spiller inn som et grunnleggende aspekt som er egnet til å modifisere bankens omsorgsforpliktelser overfor forbruker. Lojalitetsplikten går begge veier, og banken har også behov for å innrette seg i trygghet til den andre partens kunnskaper og atferd.

Slik det ble sagt i Tromsø Sparebank, må bankens forpliktelser fastsettes i lys av de forventninger banken kan ha til forbrukerens opptreden. Det aktualiserer den klassiske diskusjonen som i obligasjonsretten referer seg til selgers opplysningsplikt vs. kjøpers undersøkelsesplikt. Da dom ble avsagt i Tromsø Sparebank, var det klart at man stilte strenge krav til forbrukerens undersøkelsesplikt ved kausjonsavtaler. Det samme

gjaldt i forbindelse med salg av sammensatte spareprodukter, slik som i den eldre Lognvik-dommen. Selv om deler av den eldre rettstilstanden nå er forskjøvet med hensyn til deler av risikofordelingen, så ligger interesseavveiningen uansett i bunnen som et konstant utgangspunkt.

Banken kan i utgangspunktet forvente at forbruker forstår hvilken type avtale han inngår. Det er helst for kausjonisters vedkommende at dette overhodet kan være egnet til å skape tvil.⁵³ Det skal likevel meget til for at for eksempel en kausjonist skal kunne hevde seg ubundet fordi vedkommende ikke skjønnte at det var en bindende kausjonserklæring som han avga.⁵⁴ Det gjelder selv om kausjonisten skulle være f.eks. en betydelig eldre person.⁵⁵

Når det gjelder bankens øvrige forventinger til forbruker, må det på den ene siden kunne antas at forbrukeren er et fornuftig og gjennomtenkt individ som vil gjøre grundig forarbeid før han eksempelvis bestemmer seg for å kausjonere eller investere 'med huset som innsats'.

På den andre siden er det ikke nødvendigvis slik at forbruker har alle forutsetningene til å gjennomføre et fornuftig og gjennomtenkt valg, selv om vedkommende forsøker.

Når forbruker ikke lykkes i å utføre tilstrekkelig forundersøkelser, kan det være på grunn av at han ikke har de riktige bakgrunnskunnskaper eller grunnleggende forståelse for regelverket. Det kan også skyldes at forbrukeren ikke innsikt når det kommer til egen økonomi. Og det kan skyldes en kombinasjon av disse faktorene. Dette taler for at bankens opplysningsplikt burde veie betraktelig tyngre enn forbrukerens undersøkelsesplikt.

Et annet argument er at selv om forbrukeren har mulighet til å skaffe seg tilgang på informasjon som vedkommende burde ha for å ivareta egne interesser, vil deres tillit til banken kunne påvirke oppfølging av egen aktivitetsplikt. Dersom kunden har en

⁵³ Låntaker får penger umiddelbart

⁵⁴ F.eks. Rt.1995 s.245 der det tvert i mot ble ansett grovt uaktsomt av kausjonisten, i tillegg til illustrerende uttalelser fra Finansklagenemnda sak 1994-028.

⁵⁵ Bankklagenemndas uttalelser i sak 1994-028

berettiget forventning om at banken ivaretar de aspekter de har herredømme over ved avtaleinngåelsen, vil det kunne være illojalt av banken ikke å innfri forventningene. Det gjelder spesielt om banken er bevisst over at slike forventninger eksisterer hos forbruker. Bankens plikt til å innfri forbrukerens forventninger kan forankres i måten lojalitetsprinsippet legitimerer partenes berettigede forventninger. Et eksempel på en situasjon der partenes berettigede forventninger kommer på spissen, er når banken driver oppsøkende markedsføring for tjenesten og benytter seg av titler som for eksempel 'rådgiver'.⁵⁶ Da vil forbrukers undersøkelsesplikt avta.

Ettersom banken er forpliktet til å tilpasse og tydeliggjøre informasjonsmaterialet overfor forbruker, fremgår at det jevnt over forventes mindre av forbruker på bankens 'hjemmebane'. Det tilsier at avveiningen mellom bankens opplysningsplikt og forbrukerens undersøkelsesplikt må slå ut til fordel for forbruker, i den forstand at opplysningsplikten veier tyngst.

Bankens opplysningsplikt må etter dette strekke seg lenger enn forbrukerens undersøkelsesplikt.

Det er uansett grenser for bankens plikt til å ivareta forbrukerens behov gjennom opplysninger. Gode grunner tilsier at banken må kunne forvente en viss aktivitet eller medvirkning fra forbrukers side når han ikke henger med. Banken bør som et utgangspunkt forvente at forbruker er aktiv og gir uttrykk for det når han behøver bedre forklaringer enn banken har gitt han.

4. BANKENS FRARÅDINGSPLIKT

4.1 Hva menes med frarådingsplikt?

Frarådingsplikt er navnet på bankens forpliktelse til å anbefale forbruker om å avstå fra å inngå avtale. Frarådingsplikten oppstår dersom avtaleinngåelse vurderes slik at den ikke vil stå i et forsvarlig forhold til forbrukers økonomi. Det kan for eksempel gjelde et lån som vil innebære en så stor økonomisk belastning for forbruker at de beste grunner taler for å avstå fra lånoptaket. Frarådingsplikten har en utpreget preventiv funksjon ettersom den er ment å forhindre uheldige konsekvenser ved

⁵⁶ I Rt.2013 s.388 var bankens ansatte kunderådgiver.

bristende forutsetninger hos avtalepartene. I forretningslivet lønner det seg som hovedregel at avtaler holdes slik de er inngått, og det må derfor tas høyde for hva fremtiden bringer under avtaleinngåelsen. I noen tilfeller kan banken ha egeninteresse å fraråde, for eksempel for å unngå å yte lån som ikke betjenes.

Slik det fremkommer av overnevnte fremstilling, vil opplysningsplikten medføre en plikt for banken til å forklare og ledsage forbruker mellom de ulike stegene i prosessen mot avtaleinngåelse. Bankens forpliktelse til å fraråde forbruker kan i den sammenheng betraktes som et ytterligere og praktisk viktig utslag av bankens opplysnings- og veiledningsplikt.

Avtalefriheten legger opp til at det hører utelukkende under forbrukerens ansvar å foreta avgjørelser i kraft av sin privatautonomi, på bakgrunn av bankens informasjon og veiledning. Frarådingsplikten innebærer derimot at det er overlatt til banken å trekke slutninger, i form av kvalifisert veiledning om forbrukeren burde inngå avtale eller ikke. Det er fremdeles slik at forbrukeren kan velge å inngå avtalen, men terskelen for å gå imot bankens råd er høy. I visse tilfeller må forbruker underskrive på at han er blitt informert om bankens motforestillinger til å inngå avtalen.⁵⁷

Frarådingsplikten medfører en særlig oppfordring til å handle lojalt fordi det krever at en tar medkontrahentens interesser nøye i betraktning. Det kan være vanskelig å handle med motpartens interesser for øyet når det gjelder avtaler som en selv kan komme til å profitere på.

4.2 Frarådingsplikt ved låneavtaler

Ved låneavtaler er frarådingsplikten regulert i finansavtl. § 47. Bestemmelsen sier at dersom det "*må anta(s) at økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen, skal kredittgiveren underrette forbrukeren*". Frarådingsplikten skal bidra til å forhindre at forbruker opptar kreditt han ikke bør, av

⁵⁷ F.eks. finansavtaleloven § 47 (1).

personlige økonomiske årsaker. Den oppveier for forbrukers manglende evne til selv å vurdere forsvarligheten av kredittopptaket.⁵⁸

Frarådingen skal skje "skriftlig", men så vidt det er mulig også "muntlig", jf. § 47. Formkravet tydeliggjør budskapet og understreker alvoret i meldingen overfor forbruker. Samtidig skiller skriftlighetskravet frarådingen markert ut som en selvstendig plikt fra bankens øvrige veiledningsforpliktelser. Fraråding er en konkret anbefaling som kommer i tillegg til den øvrige formidling av opplysninger.

Ettersom fraråding skal gis både skriftlig og muntlig, er tanken at frarådingsplikten skal bli mer effektiv.

4.2.1 Når oppstår frarådingsplikten?

Banken "må anta" at forholdene ligger til rette for fraråding. Bestemmelsen legger opp til at banken må foreta en helhetsvurdering av om den bør fraråde overfor forbruker i foreliggende tilfelle eller ikke. Både "økonomisk evne" eller "andre forhold" på forbrukers side er relevante argumenter for at det oppstår en frarådingsplikt for banken.

Forbrukers "økonomiske evne" forstås som forbrukers evne til å tilbakebetale lånet. At forbrukers "økonomiske evne" aktualiserer frarådingsplikten er naturlig, ettersom formålet med bestemmelsen er å forhindre at lånopptaket går på akkord med forbrukers betjeningsmuligheter nå eller i fremtiden.

Hvordan bør "andre forhold" tolkes? Umiddelbart kan vilkåret forstås som at det gjelder alle andre forhold enn de som angår forbrukers økonomiske evne. Samtidig gir det lite mening at andre faktiske omstendigheter som ikke kan henføres under forbrukeres økonomiske evne skal gi noe bidrag til vurderingen av hvorvidt låneopptak anses økonomisk forsvarlig. "Andre forhold" bør derfor tolkes slik at det har forbindelse og relevans til forbrukers økonomi, herunder evnen til å tilbakebetale lånet.⁵⁹ For eksempel vil kredittformålet hos forbruker kunne utgjøre et forhold som

⁵⁸ NOU 2009:11 s. 63.

⁵⁹ Se Ot.prp.nr. 22 (2007-2008) del 6, merknader til § 9.

får betydning for betalingsevnen.⁶⁰ Det kan tenkes at forbruker tar opp kreditt for å betjene andre lån, eller for å finansiere spilling på nettkasino.

Kjernen i vilkårene som aktualiserer frarådingsplikt hos banken, er en vurdering av størrelsen på kreditten og dens tilgjengelige tid, sett opp mot forbrukerens inntekt, inntjeningsmuligheter og øvrig gjeldsbyrde eller forbruk. Det er forbrukers individuelle og objektive kredittverdighet som er det sentrale vurderingstemaet.⁶¹

4.2.2 Terskelen for frarådingsplikt.

Det neste vurderingstemaet går på i hvilken grad argumentene som taler for frarådingsplikt skal gis gjennomslag. Hvor ligger terskelen for at banken må gripe inn og fraråde forbruker?

Risikoen for sviktende betalingsevne må fremstå som "alvorlig", jf. § 47. Ordlyden må tolkes slik at den oppstiller en kvalifisert terskel for at banken pålegges frarådingsplikt. I ordlyden ligger at det bør utgjøre en reell og nærliggende risiko for forbruker dersom kreditt opptas. Sammenholdt vilkåret "må anta" indikeres at det må foreligge alminnelig sannsynlighetsovervekt for at lånopptaket kan utgjøre en alvorlig risiko for forbruker. De individuelle forhold som taler for at risikoen for sviktende betalingsevne er "alvorlig", bør i seg selv utgjøre en markert risiko.⁶²

I Rt.2003 s.1252 var spørsmålet om banken hadde overholdt frarådingsplikten. Et felles lånopptak ble gjort mellom ektefeller for å nedbetale eldre gjeld med pant i ektefellenes borettslagsleilighet. For den ene ektefellen innebar underskriften en stor økning i gjeld og lånerisiko, sammenlignet med før refinansieringen. Spørsmålet om vedkommende skulle vært frarådet måtte avgjøres etter reglene som gjaldt før finansavtaleloven, fordi det var da saken kom opp:

"Fram til finansavtalelova (..) var det (..) særs avgrensa unntak frå prinsippet om at ein låntakar må vurdere eiga betalingsevne og har risikoen om han tek feil. Det må likevel her kome inn at det i åra frå 1959 var ei rettsutvikling med sterkare vern av

⁶⁰ NOU 2009: 11 p. 5.4.5.

⁶¹ NOU 2009:11 s. 63.

⁶² NOU 2009: 11 p. 5.4.5

*forbrukarinteressene og ei auka vektlegging reint allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartar. Ein långivar si frårådingsplikt var derfor meir omfattande i 1994 (...)."*⁶³

Resonnementet ble at banken ikke hadde opplysningsplikt overfor ektefellen fordi ektefellen var innforstått med alle faktiske opplysninger, og var dermed like egnet til å foreta vurderingen som banken. Ektefellen hadde vært villig til å ta et medansvar for den andre, blant annet ut i fra familiesituasjonen, og var åpenbart klar over at det innebar stram økonomi i fremtiden. Etter nåværende lov kan kredittgiver imidlertid ikke avstå fra å gi frarådning under henvisning til at forbrukeren selv kan vurdere forsvarligheten av kredittopptaket.⁶⁴ Dommen kan likevel tolkes slik at bankens forpliktelse til å fraråde aldri kom helt på spissen fordi lånopptaket ikke var direkte uforsvarlig, selv om det var omfattende for økonomien og medførte trange rammer.

Terskelen for å gripe inn for å ivareta forbrukerens interesser må som nevnt anses nådd når låntakers økonomi gjør at det er sannsynlig at lånopptak kan komme til å være uforsvarlig. Det er ikke tilstrekkelig at lånopptak kun fremstår som delvis betenkelig eller vil innebære trange levekår for forbruker. Samtidig er det heller ikke et vilkår at lånopptak faktisk *er* uforsvarlig, jf. "alvorlig bør overveie".

Et tilfelle som er i kjernen av ordlyden vil være tilfeller der lånet mest sannsynlig ikke kan betjenes på normal måte, i den forstand at sikkerhetsretter eller lignende realiseres. Lånopptak vil kun føre til at forbruker havner i ytterligere betalingsproblemer.

I RG 2008 s.1508 (Borgating lagmannsrett) krevde en forbruker seg ubundet av lånopptaket fordi kredittrammen stadig ble økt mens denne ble benyttet til spekulasjon i markedet for shortsalg, som er forbundet med stor risiko. Det ble avgjort at det var urimelig å gjøre forbrukerens ansvar fullt ut gjeldende, jf. avtl. § 36.

⁶³ Avsnitt 29.

⁶⁴ NOU 2009:11 s. 64

"Utgangspunktet må være at en låntaker har risikoen for egen evne til å betale tilbake etter en inngått avtale om lån. Flere særlige forhold gjør seg imidlertid gjeldende i denne saken."

I forbindelse med en datafeil hadde banken endt opp med å gi forbrukeren utvidet kredittramme. I dommen ble det uttalt at datafeilen likevel ikke fritar den profesjonelle parten for ansvaret for alminnelige forpliktelser overfor kunden, slik som frarådingsplikten. Banken skulle foretatt grundigere undersøkelser med hensyn til risikoen utvidelsen av kredittrammen innebar. Banken tok en risiko på låntakers vegne ved ikke å fraråde:

"Bestemmelsen er et utslag av det som også ellers må anses å følge av ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Bestemmelsen er en lovfesting av bankens mer generelle plikt til å beskytte låntaker mot seg selv."

I og med lovfestingen av frarådingsplikten har en beveget seg bort fra utgangspunktet om at det er låntakers risiko å vurdere sin egen betalingsevne - ikke bare der det foreligger helt spesielle omstendigheter. Fordi frarådingsplikt i dommene ikke behandles i regi av finansavtaleloven kommer det tydeligere fram hvilke grunnleggende avveininger som ligger bak frarådingsinstituttet. Forbindelsen mellom lojalitetsplikten og frarådingsplikten blir særlig klar. Spesielt viser avtl. § 36 at bankens forpliktelser må formes i lys av det ubalanserte styrkeforholdet.

Innholdet i bankens frarådingsplikt må kort oppsummert fastsettes etter en helhetsvurdering i lys av hensynet til lojal og aktsom opptreden i kontraktsforhold, og spesielt med henblikk på forbrukerbeskyttelse. Med forbrukervern siktes til at hensynet til å utjevne styrkeforholdet mellom partene tilsier at banken alltid bør gripe inn når den anser det nødvendig for å beskytte forbrukerens interesser der vedkommende ikke selv er i stand til det.

4.3 Frarådingsplikt ved kausjonsavtaler

For kausjonsavtaler er frarådingsplikt regulert i finansavtaleloven § 60. Første ledd gjelder plikten til å informere kausjonisten dersom låntakeren etter § 47 er blitt frarådet å oppta lån. Andre ledd gjelder den egentlige frarådingsplikten overfor kausjonisten. Formkravene er de samme som etter § 47.

Mens det for låneavtaler ofte er et problem at forbruker ikke har selvinnsett når det gjelder egen økonomi, så er det heller en gjennomgående utfordring for kausjonister at muligheten for at gjeldsansvaret realiseres ikke er tilstrekkelig gjennomtenkt.

4.3.1 Innholdet i frarådingsplikten

Når oppstår frarådingsplikt? Vurderingstema er tilsvarende som for frarådingsplikt hos hoveddebitor og forutsetter at det utføres en fremtidsrettet vurdering av om kausjonistens "økonomiske evne" eller "andre forhold" tilsier at vedkommende "alvorlig" bør overveie å ikke stille som kausjonist. Igjen er det forbrukers (kausjonistens) betalingsevne som kommer på spissen. Hvordan vil vurderingen av betalingsrisikoen utarte seg for kausjonisten?

Vilkårene om at det må gjelde "økonomisk(e) evne" eller "andre forhold" på kausjonistens side, må i utgangspunktet forstås på samme måte som for låneavtaler, slik at det aktualiserer de forhold som knytter seg til kausjonistens kredittverdighet. Kausjonistens inntektsgrunnlag og gjeldsbyrde må sees i sammenheng med lånets totalbeløp og nedbetalingsplan.

Vurderingen av kausjonisten "økonomiske evne" forløper likevel annerledes for kausjonisten. Risikoen for at kausjonsstillelsen kan medføre en reell og nærliggende risiko for kausjonistens økonomi må vurderes i lys av sannsynligheten for scenarioet om at hoveddebitor misligholder. Sannsynligheten for at hoveddebitor misligholder kan være egnet til å innvirke på tyngden av argumentene som tilsier at kausjonistens økonomiske forhold taler for å avstå.

Hva vil for eksempel "andre forhold" som gjør at kausjonsstillelsen bringer med seg en markert risiko for kausjonistens økonomi si? Det er lite veiledning å få i

rettspraksis. Finansavtl. § 60 er ikke påberopt direkte overfor Høyesterett. Fraværet av høyesterettspraksis fra nyere tid skyldes at tvistene har funnet sin løsning i for eksempel Finansklagenemnda. Finansklagenemnda er et tvisteløsningsorgan hvis uttalelser ikke formelt har rettskildemessig vekt i domstolene. En betenkelighet som kan utgjøre et forhold på kausjonistens side er karakteren av relasjonen mellom kausjonist og hoveddebitor. Spesielt når det gjelder følelsesmessige relasjoner hos unge, kan det gi mistanke om at det kan ha fått dem til å handle ukritisk.⁶⁵

4.3.2 Terskelen for frarådingsplikt

Er det holdepunkter for å legge til grunn en ulik terskel i kausjonstilfeller, sammenlignet med låneavtaler? Lovens vilkår er tross alt de samme. Som nevnt foreligger ingen rettspraksis.

Det har tidligere eksistert frarådingsplikt på ulovfestet grunnlag for kausjonsavtaler, med utgangspunkt i avtl. § 33. Etter avgjørelsen i Rt.1959 s.1048 ble det utledet et synspunkt om at det minst måtte dreie seg om en et ”håpløst foretagende”. Uttrykket må forstås som at det var helt åpenbart at kausjonisten ikke hadde evne til å oppfylle kontrakten i tilfelle mislighold. I så fall blir det uredelig av banken å inngå avtale når han er klar over situasjonen. Tidligere var terskelen derfor svært høy for at frarådingsplikt skulle inntre, og rettspraksis kan derfor ikke tas til inntekt for dagens rettstilstand.

Det er ikke utenkelig at det har skjedd en absorpsjon av frarådningstilfeller som følge av at saker heller har blitt prosedert under bankens opplysningssvikt, gjennom tidene. I praksis vil det ofte være en tett sammenheng mellom sviktende opplysninger og sviktende frarådning. Men, som nevnt tidligere; bare fordi banken har overholdt opplysningsplikten, går den ikke fri for ansvar for ikke å ha frarådet forbruker. Dagens lovgivning i § 47 og § 60 markerer tydelig skillet mellom opplysningsplikt og frarådingsplikt.

Det må i forbindelse med bankens frarådingsplikt overfor kausjonisten, og i mangel av andre holdepunkter, falles tilbake på tilsvarende terskel som etter finansavtl. § 47.

⁶⁵ F.eks. BKN-0621, BKN-093.

Det er tilstrekkelig for å utløse frarådingsplikt at kausjonistens økonomiske beskaffenhet, hensett til gjeldsbyrden forbruker påtar seg og omstendighetene rundt denne, tilsier at kausjonsansvaret er utgjør en markant risiko for kausjonistens økonomi som gjør det *egnet* til å være uforsvarlig.

4.4 Frarådingsplikt og salg av sammensatte investeringsprodukter

4.4.1 Foreligger frarådingsplikt for banken i forbindelse med salg av sammensatte spareprodukter?

Bankens forpliktelser under salg av sammensatte produkter reguleres av offentligrettslige regler som kun følger rettslige standarder. For eksempel skal banken opptre i tråd med god forretningsskikk og virksomheten skal drives på en forsvarlig måte.⁶⁶ Reglene om investorbekyttelse i finansforetaksloven⁶⁷ har heller ingen uttrykkelig regel om frarådingsplikt for banken.

I finansforetaksloven fremgår at finansforetak som tilbyr spare- og kapitalprodukter, skal sikre at kundene på betryggende måte blir gjort kjent med graden av risiko kostnadsansvar og forventet netto avkastning knyttet til produktene.⁶⁸ Forarbeidene stenger ikke for at det etableres en frarådingsplikt for bankene, men det foreligger heller ingen uttalelser som direkte berør en mulig frarådingsplikt.⁶⁹

Hvordan de offentligrettslige standarder legger privatrettslige føringer på bankens atferd med henblikk på en potensiell frarådingsplikt må derfor avklares ved hjelp av rettspraksis.

I nevnte dommer om finansielle instrumenter og som angår opplysningsplikt har ikke frarådingsplikt for investeringen kommet på spissen. I Røeggen- og Lognvikdommen ble derimot fin.avtl. § 47 påberopt, fordi saksøkerne mente lånefinansieringen som lå til grunn for investeringen burde vært frarådet. Det er fremhevet i Informasjonsforskriften som følger med salg av sammensatte produkter, at banken er

⁶⁶ Finansforetakslov § 13-5 (1).

⁶⁷ Verdipapirhandelloven §§ 10-10 til 10-16a.

⁶⁸ Finansforetaksloven § 16-1 (3).

⁶⁹ For eksempel Ot.prp.nr. 34 (2006-2007).

forpliktet i henhold til de regler som følger av finansavtaleloven.⁷⁰ Det inkluderer frarådingsplikt i forbindelse med lånoptak. Den problemstillingen angår imidlertid ikke selve bruken av midlene i etterkant. Argumentet om frarådingsplikt for lånoptaket ble ikke forfulgt videre under saksgangen, selv om fraråding av lånoptaket i praksis kunne forhindre den uheldige investeringen. Høyesterett har tydeliggjort at det skilles i prinsippet heller ikke mellom hvorvidt investeringen er lånefinansiert eller ikke.⁷¹

Selv om frarådingsplikt ikke har vært direkte anført i rettspraksis, berører dommene problemstillingen som kjennetegner frarådingsinstituttet; nemlig underkommunisering av risiko. Avtl. § 36 blir benyttet for å angripe opplysningsgrunnlaget som fremkommer av banken. Det kunne vært mulig å prosedere på at banken hadde frarådingsplikt, i likhet med praksis før lovfesting av frarådingsplikt for kausjonsavtaler. Det er likevel usikkert om det ville ført fram å angripe problemstillingen slik, av den grunn at det ikke er forsøkt enda. Dessuten vil fastsettelsen av terskelen for å fraråde nok være høy på ulovfestet grunnlag. Mer om det følger nedenfor.

I forbindelse med bankens plikt til ikke å underkommunisere risiko, ble det uttalt at informasjonen som gis fra bank til forbruker, som nevnt, måtte være nøktern og presis.⁷² Med utgangspunkt i bankens lojalitetsforpliktelser har den også en pedagogisk plikt overfor forbruker. Banken måtte forsikre seg om at forbruker har forstått innholdet i avtalen vedkommende begir seg ut på. At banken har opplysningsplikt som må etterleves i form å også tilby forbruker forklaringer og veiledning er et argument som kan tale for å oppstille en frarådingsplikt under gitte betingelser. Det kan tenkes tilfeller en ikke kommer utenom å fraråde forbruker dersom vedkommende skal forstå omfanget av risikoen den begir seg ut på.

Uten støtte i de øvrige kildene vil det imidlertid være å dra resonnetet for langt å konstatere en frarådingsplikt i medhold av avtl. § 36 av den grunn. Det er ikke til å

⁷⁰ Forskrift om opplysningsplikt ved tilbud om kjøp av sammensatte produkter § 8.

⁷¹ Se f.eks. Lognvik Rt.2012 s.355.

⁷² Rt.2013 s.388.

komme unna at frarådingsplikt er en selvstendig plikt som vil måtte utføres på grunnlag av, og i tillegg til opplysnings- og forklaringsplikten.

4.4.2 Er frarådingsplikt overhodet praktisk?

Så langt er den foreløpige konstateringen er at det ikke er rettslig grunnlag for å oppstille frarådingsplikt i forbindelse med salg av sammensatte investeringsprodukter. Konstateringen baner vei for spørsmålet om det i det hele tatt er hensiktsmessig med frarådingsplikt i forbindelse med denne type avtaler?

Bankens medvirkning under avtaleinngåelsen er et kjennetegn for disse avtaler, til forskjell fra resten. Det kommer av at forbruker har flere uoversiktlige produkter og varianter å ta stilling til. Produktenes art og kompleksitet gjør at forbrukeren er avhengig av bankens kompetanse og fagkyndighet. Banken får på forbrukerens forespørsel dermed stor medvirkning når avtale inngås og produktene velges. Det leder til at banken får en utpreget rådgivende funksjon overfor forbruker. Bankens rådgivende funksjon har for eksempel gitt seg utslag i at bankens ansatte blir omtalt for å drive finansiell rådgivning.⁷³

Bankens informasjonsovertak, sammenlignet med forbrukerens svakere posisjon, får enda større praktisk betydning ved rådgivningstilfeller enn ellers. Bankens aktive medvirkning i forbindelse med å avgjøre hvordan sparepengene til forbruker skal forvaltes, fører til at forbruker må utvise særlig tillit overfor banken. En mulig innfallsvinkel for å besvare spørsmålet om frarådingsplikt er hensiktsmessig, er å spørre hvilken betydning rådgivnings- og tillitsaspektet (de lege ferenda) burde få for disse avtaler?

Det ligger i sakens natur at ettersom rådgivning ikke er en resultatforpliktelse så kan det aldri oppstilles krav om å sørge for at forbruker får positiv fortjeneste av angitt størrelse ved slike produkter. Men tilknytningen mellom partene kan gi banken ytterligere oppfordring til å ivareta forbrukers interesser enn ellers, ut i fra et lojalitetsperspektiv. Rådgivningsaspektet kan derfor tale for å oppstille en innsatsforpliktelse for at banken til å søke å unngå at forbruker begir seg inn på klare

tapsprosjekter. En slik innsatsforpliktelse vil være enkel for banken å oppfylle og det kan argumenteres for at en slik innsatsforpliktelse også er rimelig, all den tid banken nyter så stor tillit fra forbruker.

Et slikt resonnement kan imidlertid ikke bli stående uten andre innvendinger. Den grunnleggende og etablerte risikofordelingen mellom bank og forbruker når det gjelder salg av sammensatte produkter, er som kjent at informasjonsrisiko tilfaller banken mens investeringsrisikoen tilfaller forbruker.⁷⁴ Spørsmålet er om en frarådingsplikt vil kunne innvirke på dette etablerte utgangspunktet på en uheldig måte?

Dersom en forbruker velger å inngå avtale vil det alltid - satt på spissen - innebære at forbrukeren tar en form for investeringsrisiko. Forbruker må avgjøre om han på bakgrunn av foreliggende opplysninger er villig til å ta den risikoen det innebærer å slutte avtale, det være seg oppta lån, stille kausjon eller f.eks. signere forsikringsavtale. Det spesielle med frarådingsinstituttet er at det i visse tilfeller overfører deler av risikoen for avtaleslutning fra forbruker til banken – sett at avtaleinngåelse er betenkelig nok. Frarådingsplikt innebærer derfor at banken på sett og vis kan måtte ta ansvar for forbrukers avgjørelse.

Det som imidlertid skiller avtaleinngåelse om sammensatte produkter fra andre tilfeller er at avgjørelsen om å inngå avtale (les: investeringsavgjørelsen) faktisk er ment å innebære en risiko for forbruker. Det er fordi investering i sammensatte produkter bygger på et spekulasjonsmoment, herunder markedsstyrte krefter som ikke hører under noen av avtalepartenes herredømme. Karakteristisk for avtalene om sammensatte produkter er at det ikke er mulig å forutsi hvordan investeringen vil utvikle seg på sikt. Det er et argument som gjør at det kan bli kunstig å plassere deler av den risikoen over på banken ved slike avgjørelser, i dette tilfellet i form av en investeringsbeslutning.

⁷⁴ F.eks. Færstad, bankens informasjonsplikter (2014/01), s. 50-81.

Mens rådgivningsaspektet taler for at det kan være hensiktsmessig å ilegge banken ytterligere ansvar overfor forbrukeren og sett hen til risikoen den tar, så trekker avtalens særpreg i motsatt retning.

Et mulig kompromiss er å si at en frarådingsplikt som oppstår under gitte - og særs strenge forutsetninger - kan være egnet til å gjenopprette maktbalansen i kontraktsforholdet uten at det forskyver risikofordelingen for langt i forbrukerens favør. En slik løsning kan også være mindre inngripende for banken.

4.4.3 Hvilken terskel kan legges til grunn?

Dersom en kommer til at det er holdepunkter for å konstatere at banken har direkte eller implisitt frarådingsplikt, i hvilke tilfeller vil en slik forpliktelse utløses?

Dersom bankens eventuelle frarådingsplikt i det hele tatt skal kunne komme på tale, må flere forhold tas i betraktning. Det gir for det første en signaleffekt at lovgiver ikke allerede har valgt å lovfeste en egentlig frarådingsplikt i flere tilfeller.

Dersom det argumenteres for at banken likevel får frarådingsplikt i medhold av den ulovfestede lojalitetsnormen, så må det ses hen til den høye terskelen som tradisjonelt sett har vært gjeldende på ulovfestet grunnlag. For eksempel i forbindelse med kausjonsavtaler, der det måtte gjelde såkalte *håpløse foretagende*. Banken fikk frarådingsplikt kun i de tilfeller forbruker åpenbart ikke kunne evne å risikere å inngå avtalen. Rettstilstanden bygget på at låntaker og kausjonister hadde plikt til å vurdere sin egen økonomi og evaluere risikoen som fulgte med avtalen, såfremt banken hadde gitt tilstrekkelige opplysninger.

Nå har selve grunnsynet på forbrukerens ansvar for risiko endret seg. Opplysningsplikten er blitt mer vidtrekkende som følge av at banken må ta informasjonsrisikoen på alvor. Det taler for at det nødvendigvis ikke må gjelde et åpenbart håpløst tilfelle for at banken opptrer uredelig og moralsk forkastelig. Men samtidig er det klart at terskelen nok må ligge høyere enn det loven legger opp til der den stadfester frarådingsplikt. Det foreligger ikke tilstrekkelige rettslige holdepunkter for å overføre en så positivistisk terskel som etter finansavtaleloven. Ei heller vil det

være grunnlag for å overføre et generelt skriftlighetskrav til den lojalitetsbetingede frarådingsplikten. Veiledning er av karakter mest mulig muntlig og det blir derfor unaturlig å gjøre dette til en formalitet når det ikke har klar rettskildemessig forankring.

Bankens frarådingsplikt må uansett anpasses til den konkrete avtalens formål og faktiske forhold knyttet til forbrukers situasjon. Det ligger i sammensatte produkters egenart eller særegne karakter at det skal ekstremt mye til for at banken kan få en uttrykkelig frarådingsplikt.

Realiteten er at siden risikoen vil være stor selv om all tilgjengelig informasjon er opplyst, så vil terskelen naturlig bli høyere for å kreve at banken skulle frarådet i tillegg til å opplyse. For at banken skal gå på akkord med lojalitet i et slikt tilfelle, må det i det minste kreves at banken har påvisbar stor innsikt om at forbruker faktisk begir seg inn på et tapsprosjekt og unnlater å ta tilbørlig hensyn til forbrukerens formål, økonomiske situasjon og egen innsikt gjennom ikke å fraråde.

Konklusjonen er selv om den nåværende rettslige løsningen er at banken ikke har en frarådingsplikt i forbindelse med salg av sammensatte produkter, så er frarådingsplikt ikke nødvendigvis en upraktisk løsning for å regulere bankens medvirkning i fremtiden. Terskelen vil imidlertid måtte være meget høy for å komme til at banken i et tilfelle skulle frarådet.

4.5 Frarådingsplikt og lojalitetsprinsippet

4.5.1 Har banken frarådingsplikt?

Innebærer hensynet til lojalitet i kontraktsforhold at det på generelt grunnlag oppstår en forpliktelse til å fraråde mot avtaleinngåelse for å ta tilbørlig hensyn til forbrukers interesser? Eksistensen av en selvstendig frarådingsplikt er ikke formelt et gjennomgående fellestrekk for bankens ulike virksomheter.

De tilfeller banken har opplysningsplikt, får den som konstatert en veiledningsplikt. Bankens må sørge for at budskapet når frem til den enkelte forbruker gjennom å individualisere og tilpasse informasjonen. En indirekte konsekvens av bankens

veiledningsforpliktelser kan tenkes å være at banken i praksis ilegges en indirekte frarådingsplikt slik at den ivaretar forbrukerens interesser. Med det menes at for å oppfylle opplysnings- og veiledningsplikten så vil banken kunne få oppfordring til å selvstendig fremheve at avtaleinngåelse verken er egnet eller hensiktsmessig overfor forbruker. Det fører til at dersom banken unngår å fraråde, vil det i det minste medføre brudd på opplysningsplikten når det leder til at risiko blir alvorlig underkommunisert.

Argumenter som taler for at banken ut i fra lojalitetsprinsippet får en frarådingsplikt for å unngå å underkommunisere risiko, er at banken er den profesjonelle parten. Det er banken som har det beste grunnlaget for å analysere og evaluere foreliggende materiale. Det er nemlig ikke sikkert at en forbruker klarer å avveie informasjonen på tilsvarende måte og vite hva som er best for seg. Basert på sin kunnskap og sine undersøkelser så kan banken derfor etter omstendighetene måtte følge opp med konkret frarådning der det er tydelig at kunden ukritisk inngår et risikoprojekt - selv om vedkommende er generelt informert om risikoen. I motsatt fall vil tilbakeholdelsen av informasjon kunne lede til at banken opptrer uredelig, slik at avtalen må sensureres i medhold av avtalelovens ytre grenser.

Det vil nok være en flytende grense mellom aktivitet som uansett ville inngått i bankens veiledningsplikt, og det som etter omstendighetene vil kunne betegnes som en egentlig frarådingsplikt. Hvor grensen trekkes mellom veiledningsplikten og frarådingsplikten kan være vanskelig å fastlegge konkret, men det gjør ikke atferden mindre illojal dersom resultatet er at forbruker blir underinformert eller villedes.

Synspunktet blir at fordi det klart nok inngår i bankens opplysningsplikt at den skal unnlate å underkommunisere risiko, så vil tilpasningsplikten overfor forbruker kunne lede til at banken med tilstrekkelig tyngde understreker produktets negative kvaliteter. Det vil i noen spesifikke tilfeller føre til at banken får en veiledningsplikt som utarter seg som en egentlig frarådingsforpliktelse.

Ut i fra lojalitetsprinsippet er konklusjonen at banken har plikt til ikke å underkommunisere risiko, noe som vil medføre at banken kan måtte fraråde forbruker i visse situasjoner.

4.5.2 Forbrukers undersøkelsesplikt

Vurderingen av tillitsaspektet leder igjen til spørsmålet om hva banken kan forvente av forbruker. Som nevnt må banken til en viss grad kunne innrette seg i tillit til at forbruker ivaretar egne interesser og velger det som gagnar seg.

Forbruker er et voksent menneske med ansvar for egen økonomi og valgene sine. Sett at banken har overholdt sin opplysnings- og veiledningsplikt, da burde det i prinsippet ikke være mye rom for forbruker til å foreta gale valg?

En innvending er at fraråding aktualiserer den siste bearbeidningen av de allerede foreliggende opplysninger som begge parter kjenner. Det er ikke nødvendigvis sikkert at forbruker er i stand til å gjøre seg nytte av opplysningene på samme måte som en profesjonell part. I tillegg vil mange forbrukere, slik jeg tidligere har vært inne på, mangle selvinnsikt når det kommer til økonomi og fremtidig inntjening. Det siste er for eksempel nordmenns hyppige deltakelse i Luksusfellen et slående eksempel på.

Alt i alt så vil man kunne tillegge høy grad av ansvarlighet til forbrukers valg og beslutninger i lys av opplysningsgrunnlaget, samtidig som det blir modifisert av at forbrukere gjennomgående kan komme i fare for å tro at dersom noe er alarmerende vil nok, vil banken informere dem. Dersom det er tilfelle at banken ikke føler forpliktelse for å varsle forbruker i slike tilfeller, har jo banken mulighet til å gjøre det klart på forhånd.

4.5.3 Når utløses frarådingsplikt?

Det vil ikke være mulig å konstatere et felles innhold for bankens frarådingsplikt med hensyn til alle avtaler. Ulike kriterier innvirker forskjellig på bankens oppfordring til å ivareta motpartens interesser.

Avtalens formål, herunder de faktiske interesser og behov hos den enkelte forbruker står sentralt i bedømmelsen av om det oppstår frarådingsplikt. For at banken skal få oppfordring til å fraråde, eller i det minste direkte fremheve risikoen knyttet til avtalen, så må inngangsvilkårene være at avtalen ikke er egnet eller hensiktsmessig i lys av forbrukers ønsker og forutsetninger.⁷⁵ Den evalueringen går hånd i hånd med vurdering av forbrukers kredittverdighet. Avtalens egnethet og hensiktsmessighet må ses opp mot forbrukers økonomiske stilling. Dette i likhet med framgangsmåten for den lovfestede frarådingsplikten.

Hvilken risiko forbruker i utgangspunktet har vist seg villig til å påta seg spiller også inn. I tillegg er det forskjell på ikke å oppnå høy fortjeneste, sammenlignet med å direkte tape i forhold til utgangspunktet sitt.⁷⁶

Bankens medvirkning under selve avtaleinngåelsen spiller også inn i den grad tillitsaspektet får betydning for bedømmelsen av lojalitetsplikten. Jo større innslag av tillit som foreligger, jo mer øker bankens oppfordring til lojalt å ivareta motpartens interesser.

Kort oppsummert kan det sies at situasjoner der banken får en særlig oppfordring, vil være når risikoen er åpenbart alvorlig, sett opp mot forbrukers økonomiske evne og kredittverdighet. Dernest må det være tilfelle at kunden overhodet ikke er i stand til å bedømme risikoen som fremkommer av bankens opplysninger og forklaringer. Det gjør at veiledningsplikten må bli mer omfattende. Et siste vilkår for at plikten skal slå til må være at banken er egnet til å ha bedre oversikt over risikoen og følgene, enn kunden. Det gjør det mer rimelig at deler av risikoen overføres til banken. Det siste gjør seg f.eks. gjeldende i forbindelse med sammensatte spareprodukter.

Ut i fra lojalitetsnormen synes samtlige elementer å være minstevilkår for at frarådingsplikt skal oppstå.

⁷⁵ Se f.eks. reglene om investorbekyttelse i vphl.

⁷⁶ Det varierer med avtaletypen.

5. BANKENS PLIKT TIL INDIVIDUELLE UNDERSØKELSER AV FORBRUKER

5.1 Hva menes med undersøkelsesplikt?

Alminnelig undersøkelsesplikt går tradisjonelt ut på at kontraktspartene skal undersøke kontraktsgjenstanden før og etter overlevering med henblikk på å avdekke mangler o.l.

Med undersøkelsesplikt menes i denne sammenhengen derimot bankens forpliktelse til å oppdrive relevante opplysninger og informasjon om kunden, i forbindelse med saksbehandlingen forut avtaleinngåelse. Satt på spissen kan undersøkelsesplikten omtales som bankens plikt til å opplyse seg selv om kunden.

Undersøkelsesplikten ligger til grunn for bankens øvrige plikter i den forstand at den er en forutsetning for å utøve opplysningsplikten og frarådingsplikten på forsvarlig vis. Det sier seg selv at for å kunne opplyse og veilede i tråd med sine forpliktelser så må banken ha tilstrekkelige og riktige bakgrunnskunnskaper om forbruker.

Banken må ta rede på 'hvor skoen trykker' i hvert enkelt tilfelle. Undersøkelsene som utføres må derfor være relevante og tilstrekkelig grundige til at formålet blir oppfylt.

Den vanligste kilden til opplysninger for banken er gjennom konsultasjon med forbruker og via formelle søknadsskjemaer. Andre ganger må banken selv undersøke kunden i registre eller databaser. Bankens egenundersøkelser kan for eksempel forekomme i forbindelse med kredittvurderinger av kunden.

5.2 Undersøkelsesplikt ved låneavtaler

5.2.1 Hva er innholdet i bankens undersøkelsesplikt for låneavtaler?

Bankens avgjørelse om å tilby låneavtaler beror på undersøkelser av forbrukers kredittverdighet.

At banken må foreta undersøkelser, fremkommer allerede av § 47 i forbindelse med frarådingsplikten, jf. vilkåret om at banken "må anta" at forbruker må frarådes.

En uttrykkelig plikt til å vurdere forbrukers kredittverdighet, følger derimot av finansavtl. § 46 b. Der står at kredittverdigheten skal vurderes "*på grunnlag av fyllestgjørende opplysninger innhentet hos forbrukeren og om nødvendig fra relevant database*", jf. første ledd. Det er på grunnlag av denne undersøkelsesplikten banken skal opplyse, veilede og eventuelt fraråde forbruker.

Spørsmålet er hvilke såkalt "fyllestgjørende" opplysninger banken konkret behøver for å ta stilling til forbrukers kredittverdighet?

Svaret på spørsmålet må i all hovedsak sammenfalle med de opplysninger banken skal ta i betraktning for å oppfylle opplysningsplikten, samt for å besvare spørsmålet om en kunde skal frarådes eller ikke, se p. 2.2.2.

Undersøkelsesplikten for låneavtaler avgrenses derfor til å gjelde omstendigheter vedrørende forbrukers kredittverdighet. Bankens formål med samtlige undersøkelser blir å avdekke hvor stor den økonomiske belastningen kan bli for forbruker på sikt. Økonomisk evne eller andre forhold hos forbrukeren som spiller inn på betalingsevne - og muligheter - hos forbruker må undersøkes, for å oppdrive relevant informasjon.

5.2.2 Hvor grundig må banken undersøke?

Vurderingen av forbrukers kredittverdighet skal baseres "fyllestgjørende" opplysninger. Formålet om å avdekke forbrukers økonomiske evne må være det styrende kriteriet. At opplysningene skal være "fyllestgjørende", tilsier at banken må etterstrebe å finne all tilgjengelig relevant informasjon som er egnet til å spille inn i vurderingen. Det inngår i kravene til opplysnings- og frarådingsplikten at det kreves relativt grundige undersøkelser og vurderinger av kunden for at disse skal utøves forsvarlig. Omfanget er relativt til kredittrisikoen kunden eksponeres for.

Den individuelt tilpassede opplysningsplikten forutsetter at undersøkelsene også må være konkretiserte og tilpasset. Med det menes at banken må oppdrive de opplysninger som de har oppfordring til i den enkelte situasjonen. Det er ingen generelle og alminnelige opplysninger som alltid vil være dekkende for alle tilfeller, selv om inntektssituasjon og gjeld alltid må undersøkes.

Det kan også tenkes andre aspekter enn de opplysninger som belyser den faktiske kredittverdigheten, må undersøkes og vurderes av banken. Det fremgår allerede av overnevnt rettspraksis at banken bør undersøke hvorvidt forbruker er i stand til å forstå informasjonen, og dermed det underliggende budskapet som formidles han. Det finnes det ingen lovhjemmel som uttrykkelig etablerer undersøkelsesplikt i slike henseender, men det følger av bankens pedagogiske plikt.

I tillegg følger det av flere offentligrettslige regelverk at banken blant annet skal opptre i tråd med "god forretningsskikk". God bank- og forretningsskikk tilsier at banken skal forvise seg om at kunden henger med på orienteringen og forstår konsekvensene av informasjonen som fremlegges. Selv om brudd på slike bestemmelser ikke automatisk medfører et avtalerettslig brudd, så legger det tilsvarende føringer for bankens virksomhet som finansavtaleloven. At banken opptre i tråd med god forretningsskikk framstår som nødvendig for å oppfylle dens øvrige forpliktelser.

Oppsummert er banken pålagt å gå så langt som risikoen tilsier i det enkelte tilfellet for å avdekke forbrukers kredittverdighet, for å oppfylle sin opplysnings- og veiledningsplikt. Banken må avdekke om det er fordelaktig fra begge parter ståsted å inngå avtale.

5.3 Undersøkelsesplikt ved kausjonsavtaler

Utøvelse av opplysnings- og frarådingsplikten krever som et utgangspunkt relevante og individuelt tilpassede undersøkelser også i forbindelse med kausjonsavtaler. Dette kan slås fast på bakgrunn av likheten i lovreguleringene for henholdsvis kausjons- og låneavtaler. Det må også her være den individuelle forbrukers kredittverdighet som er hovedsiktemålet og avgrensningen med undersøkelsene som foretas. Det er ingenting som tilsier at omfanget av undersøkelsesplikten avviker fra den som konstateres etter §§ 46 b og 46 c.

Den umiddelbare forskjellen fra låneavtaler er at bankens undersøkelsesplikt omfatter både hoveddebitor og kausjonistens kredittverdighet. Som nevnt tidligere, vil

undersøkelsene som retter seg mot kausjonisten kunne bli farget av de funn som er gjort av hoveddebitor. Funnene kan gi indikasjoner som innskrenker eller utvider synet på risikoen for å havne i ansvar.

5.3.1 Hvor grundig må banken gå i sine undersøkelser?

Av den grunn at det gjelder et skjønnsmessig vurderingstema, og sett i sammenheng med bankens øvrige forpliktelser til å handle i tråd med god forretningskikk og veilede forbruker, vil kravet til hvor omfattende undersøkelser som må foretas også variere etter hvem som er kausjonist.

Det er også sikker rett at banken har plikt til å undersøke og vurdere om forbruker faktisk forstår hva han begir seg ut på. Et eksempel på det er dommen fra 2013⁷⁷ som gjaldt en utlending med dårlige norskkunnskaper som inngikk kausjonsavtale. Banken skulle ha ytterligere vurdert og undersøkt forbrukerens kunnskaper for å oppfylle sin opplysnings- og frarådingsplikt. Hadde banken fulgt nøyere med, så ville de oppdaget at det var nødvendig å orientere vedkommende muntlig om at det faktisk var en kausjonsavtale vedkommende underskrev, samt informere om betenkelighetene med å underskrive.

5.4 Undersøkelsesplikt ved salg av sammensatte spareprodukter

Lovgivningen som direkte regulerer salg av sammensatte produkter er som sagt utpreget offentligrettslig. Når det er sagt, så vil også de avtalerettslige reglene som regulerer opplysningsplikten indirekte få konsekvenser for utførelsen av bankens undersøkelsesplikt.

Sviktende gjennomføring av undersøkelser vil nemlig manifestere seg som svikt under opplysningsplikten. Det er flere mulige grunnlag for å angripe bankens sviktende opplysningsplikt i vid forstand, herunder avtl. § 33, 36 samt læren om bristende forutsetninger. Ettersom rettspraksis har foretatt vurderingene etter avtl. § 36 vil denne problemstillingen ikke gås mer inn på.

⁷⁷ RG.2013 s.530.

5.4.1 Hvilke undersøkelser skal foretas?

De offentligrettslige reglene for bankens virksomhet omtaler ikke undersøkelsesplikt direkte.

At banken skal foreta undersøkelser, går imidlertid klart fram av sammenhengen. Det framgår av ffl. § 16-1 (1) at ansatte skal basere sin rådgivning og veiledning på det som banken "kjenner til om kundens situasjon og for øvrig".

I tillegg går det klart fram av vphl. § 10-11 4) og 5) at banken skal innhente eller søke å innhente "nødvendige opplysninger om kundens kunnskap om og erfaring" fra det aktuelle investeringsområde, samt "kundens finansielle situasjon" og "investeringsmål". Foretakets undersøkelser skal i begge tilfeller sette banken i stand til å vurdere om den påtenkte investeringen er hensiktsmessig for vedkommende.

Ettersom brudd på bestemmelsene kan møtes med avtalerettslige sanksjoner, må retningslinjene indirekte følges opp. Banken må oppdrive de opplysninger som god forretningskikk og bransjepraksis tilsier.

Som gjennomgått innebærer bankens opplysningsplikt at den skal sørge for at forbruker er informert om prosjektet han begir seg inn i, samt de overskuelige konsekvensene av det.⁷⁸ For å avdekke den økonomiske konsekvensen for forbruker, må en undersøke forbrukers økonomiske evne, samt den øvrige situasjonen han befinner seg i.inntekt, gjeldsbyrde og øvrige fremtidsutsikter er relevant.

For disse avtaler handler det ikke bare om å unngå tap hos forbruker (eller banken). Tvert i mot baserer også opplysningsplikten seg på å avdekke om utsiktene til fortjeneste for forbruker. Derfor er det ikke bare undersøkelser om kundens økonomiske forhold som er av relevans. Det må kreves at bankens undersøkelser tar for seg også sentrale egenskaper og virkninger av investeringsproduktet. Til forskjell fra låne- og kausjonsavtaler så er det ikke åpenbart hvordan avtalen påvirkes av markedet. Den økonomiske belastningen, eller vinningen, den skaper for kunden må derfor bero på en sammensatt vurdering.

⁷⁸ Se Rt.2013 s.388.

5.4.2 Hvor grundig skal banken gå til verks undersøkelsene?

Bankens undersøkelsesplikt overfor kunden for å sikre investorbeskyttelse omtales i forarbeidene som egnethets- og hensiktsmessighetstestene.⁷⁹ Disse er en sentral del av gjennomføringen av EU-direktivet MiFID.⁸⁰

Dersom banken skal vurdere om produktene er egnet eller hensiktsmessig, tilsier det at undersøkelsene av både forbrukers økonomiske evne og formål med avtalen, samt produktene, må være dekkende og grundige. Det medfører at banken får en individuell og konkret undersøkelsesplikt. Det styrende elementet er at undersøkelsene skal bidra til en god saksbehandling og kundehåndtering i hvert enkelt tilfelle.⁸²

Når det derimot gjelder spareproduktene, stiller situasjonen seg naturligvis noe annerledes. Det er som nevnt begrenset hvor stor innsikt banken kan skaffe seg om produktets utvikling i fremtiden. Bankens undersøkelsesplikt må dermed begrenses ut i fra hva som er rimelig å kreve av bankens undersøkelser, for at den opptrer lojalt. Hva er så rimelig å forvente av bankens undersøkelser av produktet?

Hvor langt som er rimelig å gå må fastsettes ut i fra bankens tilgjengelige informasjon om produktet og dets egenskaper. Med tilgjengelig informasjon menes at banken ikke skal behøve å 'snu hver stein på stien', men det innebærer å sette seg inn i foreliggende informasjon og gjøre seg nytte av denne i lys av formålet - gjennom analyser og lignende. På den måten kan banken være sikker på at produktet de tilbyr har de forespeilede egenskaper. Hvordan virkeligheten fortøner seg i ettertid kan man imidlertid ikke kreve at banken undersøker. Det må være opp til forbrukeren om vedkommende ønsker å spekulere i dette eller ikke, så lenge rammene er klare fra bankens side.

⁷⁹ Ot.prp.nr. 34 (2006-2007) s. 437.

⁸⁰ Markets in Financial Instruments Directive (Direktiv 2004/39/EF).

⁸¹ Henvisningen til god forretningskikk gjennomfører MiFID art. 19, samt kommisjonsdirektivet art. 26-45.

⁸² Ref. formålet med reglene om investorbeskyttelse.

5.5 Undersøkelsesplikt og lojalitetsprinsippet

5.5.1 Har banken en alminnelig undersøkelsesplikt?

Som ledd i å ta tilbørlig hensyn til forbrukers interesser, må banken oppfylle sin opplysnings- og veiledningsplikt. Sistnevnte fordrer at banken må gi individuelle og tilpassede opplysninger og forklaringer til forbruker. Det er derfor både i bankens, samt forbrukerens interesse at den går konkret til og undersøker kundene.

Det følger derfor av sakens natur at banken derfor får en lojalitetsbetinget forpliktelse til å foreta undersøkelser i forkant av avtaleinngåelser som er egnet til å få personlige og økonomiske ringvirkninger for forbruker.

Undersøkelsene og tilhørende vurderinger må ta form gjennom å undersøke databaser eller konsultere forbruker. Dette forarbeidet må nødvendigvis gjøre det i god tid før avtaleinngåelse for å sikre at de andre pliktene blir forsvarlig overholdt.

5.5.2 Hvor grundig til verks må banken gå?

Avtaletypen vil naturlig nok være styrende for hvilke kilder og materiale som undersøkes, og i hvilken grad. Det er vanskelig å stadfeste nøyaktig hvor grundig til verks banken må gå i sine undersøkelser, da det avhenger av blant annet formålet med avtalen, samt avtalens eller produktets egenskaper og karakter.

Undersøkelsesplikten bør fastsettes i lys av hvor stor oppfordring banken har til å ivareta forbrukers interesser i den enkelte situasjon. Bankens oppfordring og forpliktelser øker jo mer risikabel er avtalen potensielt er for denne forbrukeren. Det kan bero enten på avtalens egenskaper eller forbrukers økonomiske evne, noen ganger begge deler i kombinasjon.

I forlengelsen spiller det individuelle kunnskapsnivået hos den enkelte forbruker inn. Som et gjennomgående fellestrekk hos samtlige avtale typer har banken plikt til å sette seg inn i den enkelte forbrukers forståelsehorisont og tilpasse seg denne. Det må derfor kunne forventes av banken.

5.5.3 Forbrukers medvirkning

Det må også spørre hvordan bankens undersøkelsesplikt påvirkes av forventingene de kan stille til forbruker. Kan banken ha en forventning om at forbruker medvirker og informerer om relevante forhold av betydning for saksbehandlingen?

I henhold til finansavtl. § 46 b) skal bankens undersøkelsesplikt for låneavtaler bero på opplysninger "innhentet hos forbruker". Det antyder at det i praksis vil foreligge en viss samarbeidsplikt hos forbruker. Banken skal selvsagt gjøre sitt ytterste for å oppdrive den informasjonen den behøver, men det forutsetter at forbruker ikke aktivt tilbakeholder informasjon. Det samme prinsippet må få anvendelse i tilfelle av bankens undersøkelsesplikt overfor kausjonister, implisitt hjemlet i § 60.

Også i forbindelse med sammensatte produkter er det eksempelvis gjort klart at kunden har en medvirkningsplikt til å sørge for fullstendige og riktige opplysninger, ellers så reduseres foretakets ansvar for å vurdere hva som kan være hensiktsmessig for kunden.⁸³

Alle overnevnte eksempler er utslag av at forbruker må medvirke til et minimum. Dermed kan banken ha en rimelig forventning om at forbruker opplyser om åpenbare forhold og omstendigheter. Der bankens undersøkelser beror på forbrukers medvirkning, vil det derfor være rettferdig å si at forbrukers medansvar medfører en praktisk avgrensning av bankens undersøkelsesplikt. Men, hovedansvaret for å sørge for framdrift i undersøkelsene ligger naturlig nok hos banken.

Banken vil stort sett kunne forvente at forbruker ikke bevisst holder tilbake, eller gir villedende opplysninger. I så fall er det naturlig at forventingene til banken senkes. Lojalitet, redelighet og god forretningsskikk tilsier imidlertid at banken får en selvpålagt plikt til å utrede nærmere når forbrukers opplysninger er tvilsomme eller mangelfulle.

⁸³ Verdipapirhandelloven § 10-11 (5).

6. AVSLUTNING

6.1 Kjernen i kravet til lojal atferd hos banken

Den grunnleggende formuleringen om å ta tilbørlig hensyn; hva vil det egentlig si i konteksten bank og forbruker? Hvilke likheter og grunnleggende krav preger bankens atferd under avtaleinngåelse med forbruker?

Som et utgangspunkt skal avtaler holdes slik de er inngått.⁸⁴ Å oppfylle avtalen slik den er inngått er grunnleggende lojalt fordi det er en klar forutsetning og forventning hos partene. Det er allerede konstatert at i forbindelse med å etterleve avtalen er banken lojalitetsmessig forpliktet til alltid å informere om sentrale omstendigheter i et rimelig omfang, samt unngå å underkommunisere risiko. Banken må i forlengelsen foreta individuelle undersøkelser.

Lojalitetsprinsippet sin funksjon er at den tjener som utvelgelseskriterium og grensedragningsmoment i analysen av bankens konkrete forpliktelser. Som utvelgelseskriterium får det innvirkning på hvilken aktivitet eller handlingsalternativ som er egnet til å oppfylle lojalitetsforpliktelsen. I tillegg påvirker lojalitetsplikten kravene som stilles til utførelsen av den relevante aktiviteten. Et eksempel er bankens plikt til å foreta undersøkelser. Lojalitetsnormen vil bidra til å avklare hvorvidt tilstrekkelige undersøkelser er gjennomført. Normen får en funksjon som styrende og overordnet mal.

Det kan likevel ikke en gang for alle gis et klart svar på hvor grensen for bankens lojale atferd går. Særpreg ved avtalesituasjonen vil spille inn på lojalitetsvurderingen.

Lojalitetsprinsippet relative karakter medfører for det første at de krav i lovgivningen som stilles til bankens atferd vil tjene som overordnede retningslinjer eller - i tilfelle av finansavtaleloven - medføre direkte handleforpliktelser, når innholdet i lojalitetsplikten fastlegges for den enkelte avtale.

I tillegg vil de faktiske omstendigheter som preger avtaleinngåelsen gi rettslige etterspill for vurderingen av bankens lojalitetsforpliktelser. Elementer slik som

⁸⁴ F.eks. Giertsen, Avtaler (2006) s. 34.

avtalens formål, realytelsens karakter og styrken av partenes tilknytning, er egnet til å påvirke både kvaliteter og egenskaper ved bankens lojalitetsplikt. Vektleggingen av slike faktiske betraktninger bidrar særlig til å gi forbrukerhensynet gjennomslag fordi argumentene i sin karakter er statusorienterte.

Det er dekning for å si at der det foreligger et relevant handlingsalternativ som er egnet til å påvirke forbrukers beslutning og stillingtaken - så vil banken ha oppfordring til å ta handlingsalternativet grundig i betraktning. Og når banken handler, må den følge opp den enkelte forbruker på en slik måte at både generelle og individuelle betenkeligheter avtaleinngåelsen medfører, oppfattes av individet. Forbruker må bli i stand til å forstå hvorvidt hans økonomi er egnet til å inngå avtalen, og i tilfeller der forbrukeren står overfor flere alternative valgmuligheter, om avtaleinngåelse er en hensiktsmessig løsning. I tilfeller der forbruker er blottet for selvinnsett og likevel ønsker å begi seg ut på et åpenbart tapsprosjekt, vil banken kunne få en ytterligere plikt til å veilede forbruker bort fra avtalen. I visse tilfeller får banken plikt til å avstå fra å avtaleinngåelsen.

Den grunnleggende skranken om at partenes lojalitetsforpliktelser ikke innebærer å volde tap for seg selv, må fremdeles utgjøre et gyldig rettslig utgangspunkt og således en ytre grense for bankens omsorgsforpliktelser. I forbindelse med avtaleslutning er det likevel en mindre tungtveiende og aktuell problemstilling. Om banken inngår avtale eller lar være på grunn av forbrukerens stilling, blir ikke nødvendigvis spørsmål om å avverge tap. Spørsmålet blir strengt tatt heller om banken oppnår fortjeneste eller vil la være.

At banken jevnt over har mindre forutsetning for å oppleve direkte økonomisk tap, betyr ikke at dens lojalitetsforpliktelser ikke skal møte grenser. For eksempel vil kravet om kasualitet utgjøre en praktisk grense. Det betyr ikke bare at mindre unnlattelser eller handlinger ikke er kvalifisert til å lede til ugyldighet. Men det betyr i praksis først og fremst at forbrukerens eget bidrag til det mislykkede prosjektet må settes i søkelyset.

Lojalitetsnormen er nemlig i utgangspunktet en interesseavveining. Selv om bankene de siste årene har fått en utvidet oppfordring til å ivareta den andre partens interesser, så vil utgangspunktet om at "*kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten*", ligge i bunn.⁸⁵ Forbrukerne lever ikke i et vakuum der de er unntatt ansvar for egne valg og beslutninger, hvis ikke de har fått skreddersydde anbefalinger ned til den minste detalj. Å ikke skulle vektlegge forbrukers forpliktelser til å ivareta egne interesser, blir illojalt overfor banken. Når forbruker handler åpenbart irrasjonelt, har han sviktet i å ivareta egne interesser.

Med utgangspunkt i lojalitetsprinsippet vil problemstillingen kort oppsummert bestå i å spørre hva som kreves av bankens forundersøkelser og aktivitet for at den tar tilbørlig hensyn til forbruker. Ettersom lojalitetsplikten er en avveiningsnorm, fører det til syvende og sist derfor til at partenes lojalitetsplikter må avveies.

7. LITTERATURLISTE

Bøker og artikler:

- Dalbak, Camilla, Lojalitetsplikt som grunnlag for å begrense og utvide fleksibilitet i avtaleforhold s. 598-612, Idunn Lov og rett 2007/10.
- Eidsand, Marte Kjørven, Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet, 40. Nordiske juristmøte bind 1, Oslo 21.-22. august, s. 246-258.
- Eidsand, Marte Kjørven, manus til doktorgradsavhandling om ytelse av investeringstjenester til forbrukere, 8.3.2016.
- Færstad, Jan-Ove, Rådgivningsaspektets betydning for bankens informasjonsplikter når den selger investeringsprodukter til forbrukere, s. 50-81, Idunn tidsskrift for forretningsjus 2014/01.
- *Færstad, bankens informasjonsplikter (2014/01)*.
- Giertsen, Johan, Avtaler (Bergen 2006).
- *Giertsen, avtaler (2006)*.
- Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, 2. utgave (Oslo, 2003).

⁸⁵ Rt.1988 s.1078.

- *Hagstrøm, obligasjonsrett (2003)*.

- Hauge, Hilde, Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner (Oslo 2009).
- Hauge, Hilde, Avtaleloven § 36 som bidrag til forbrukervernet – belyst ved Røeggen-
dommen, s. 185-226, Jussens venner 04/2015.
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, Obligasjonsrett (Oslo 2016).
- Haaskjold, Erlend, Kontraktsforpliktelser, 2. utgave (Oslo 2013).
- *Haaskjold, kontraktsforpliktelser (2013)*.
- Knoph, Ragnar, knophs oversikt over Norges rett, 10. utgave (Oslo, 1993).
- *Knoph, norsk rett (1993)*
- Nazarian, Henriette, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, (Oslo 2007).
- *Nazarian, lojalitetsplikt (2007)*.

Lover:

- lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
- "*finansavtl.*"
- lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)
- "*finansforetaksl.*"
- lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)
- "*vphl*"
- Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige
viljeserklæringer (avtaleloven)
- "*avtl.*"

Forarbeider:

- NOU (1994: 19) *Finansavtaler og finansoppdrag*
- NOU (2007: 5) *Frarådingsplikt i kredittkjøp*
- NOU (2009: 11) *Kredittavtaler*

- Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) *Finansavtaler og finansoppdrag*
- Ot.prp. nr. 34 (2006-2007) *Om lov om verdipapirhandel*
- Prop.65 L (2009-2010) *Endringer i finansavtaleloven mv.*

Dommer:

- Rt. 1959 s. 1048
- Rt. 1984 s. 28 – *Tromsø Sparebank*
- Rt. 1988 s. 1078
- Rt. 1994 s. 1288
- Rt. 1995 s. 245
- Rt. 1998 s. 761
- Rt. 2002 s. 696
- Rt. 2003 s. 1252
- Rt. 2012 s. 355 - *Lognvik*
- Rt. 2012 s. 1926 – *Fokus Bank*
- Rt. 2013 s. 388 - *Røeggen*
- RG 2008 s. 1508 (Borgating lagmannsrett)
- RG 2013 s. 530 (Borgating lagmannsrett)